

HIRAM ARMÊNIO XAVIER PEREIRA

A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

CURITIBA
2011

Hiram Armênio Xavier Pereira

A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Paraná
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Fernando Moro

CURITIBA
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

HIRAM ARMENIO XAVIER PEREIRA

A iniciativa probatória do juiz no processo penal

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



SERGIO FERNANDO MORO

Orientador

JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS –

Direito Penal e Processual Penal

Primeiro Membro



ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

Segundo Membro

Enquanto o processo era concebido como um duelo entre os litigantes, em que o magistrado, como um árbitro num campo de esportes, limitava-se a assinalar os pontos e a zelar para que fossem observadas as regras do jogo, parecia natural que a advocacia se reduzisse a uma competição de acrobacias e que o valor dos defensores fosse julgado com critérios, por assim dizer, esportivos. Um dito espirituoso, que não fizesse a verdade dar um só passo mas que acertasse em cheio algum defeito do defensor adversário, entusiasmava a platéia, como hoje, no estádio, o chute de mestre de um jogador de futebol.

Mas hoje, quando todos sabem que em todo processo, mesmo nos processos cíveis, não se realiza um jogo atlético, e sim a mais zelosa e alta função do Estado, as escaramuças não se ajustam mais às salas dos tribunais. Os advogados não são nem malabaristas de circo, nem conferencistas de salão – a justiça é coisa séria.

Piero Calamandrei (2000, p. 31)

RESUMO

O presente trabalho trata da iniciativa probatória do juiz no processo penal, que se analisa sob os diversos enfoques levantados no meio doutrinário. Principia-se pela análise dos modelos históricos e teóricos de procedimento, pesquisando-se também o tratamento do tema no Direito Comparado contemporâneo. Adiante, analisam-se temas ainda polêmicos como a busca da verdade no processo penal, a questão da imparcialidade do julgador, que por vezes se diz abalada por sua incursão no meio probatório, e a busca de otimização dos procedimentos, atendendo-se ao interesse público que pende sobre o processo penal.

Palavras-chave: Processo penal. Provas. Poderes probatórios do juiz.

ABSTRACT

The present work deals with the judiciary initiative in the evidence finding, which is analyzed under the approaches exposed in the literature. It begins by the analysis of historic and theoretical models of procedure, also studying the theme among the contemporary Comparative Law. Furthermore, it analyzes controversial issues as the truth finding in criminal procedure, the judge's impartiality, which is usually said to be broken by his incursion in the evidence gathering, and the optimization of the procedures, attending to the public interest evolved in criminal cases.

Key-words: Criminal procedure. Evidence. Judge's probationary power.

SUMÁRIO

1. Introdução	7
2. Tradições históricas e modelos teóricos de procedimento	8
3. Sistemas processuais penais estrangeiros.....	14
4. A iniciativa probatória do juiz no processo penal democrático	21
5. A questão da verdade	27
6. A questão da imparcialidade.....	32
7. A iniciativa instrutória do juiz e a concepção publicista do processo penal democrático ..	40
8. Conclusão	46
Referências	49

1. Introdução.

O presente trabalho é uma contribuição singela a uma discussão antiga. Trata-se dos poderes de iniciativa probatória do juiz, pelo que se abordam temas como os modelos históricos e teóricos de procedimento, as experiências estrangeiras, o processo penal democrático, a possível oscilação da imparcialidade do julgador e a ainda polêmica questão da verdade no processo penal.

Por se abordar questões das mais controversas na doutrina processual, enfrenta-se a difícil e inescapável tarefa de tomar posição e contrariar àqueles que, por outras razões, assumem posicionamento distinto. Com inegável pesar, opõe-se o autor a grandes mestres, o que se faz por uma questão de honestidade às próprias convicções. Registra-se, acima de tudo, o respeito aos que entendem de forma diversa. Afinal, quem dirá das razões que nos guiam às razões que elegemos?

Tem-se em vista, especialmente, os diversos debates gerados pelo anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, que atualmente tramita perante o Senado Federal. Após décadas de retalhos no velho código, ainda aplicado, tem-se atualmente a chance de construção de um processo mais eficiente na consecução de seus objetivos. Não apenas mais célere, mas sobretudo mais justo, instrumentalizando ideais democráticos, tratando com humanidade o imputado (que é, como qualquer cidadão, um sujeito de direitos), sem que se faça letra morta da lei penal.

Este ideal de processo, evidentemente, não virá a lume sem passar por uma ampla conciliação de ideias, ora favoráveis à maximização dos direitos do imputado, ora tendentes à defesa da sociedade – interesses que, bem analisados, coincidem em seu objetivo último, residente no atendimento de um interesse maior: o interesse público. O antagonismo, assim, é mera aparência. O criminoso, mesmo estigmatizado, faz parte da sociedade. Daí a necessidade de conciliação, para que, por uma via e por outra, de maneira equilibrada, se atenda a tais prementes necessidades.

O fito está, então, em aplicar a lei penal com eficiência, não porque, nas palavras do mestre Aníbal Bruno, “Contra o criminoso há que se defender a sociedade”,¹ mas contra o crime, a favor também do criminoso.

Ao saudável debate de ideias, enfim, se dedica a presente monografia.

¹ BRUNO, 1977, p. 12.

2. Tradições históricas e modelos teóricos de procedimento.

Ao se analisar a história dos métodos de persecução, verifica-se que variam sobremaneira de acordo com o local e período analisados, sempre guardando forte relação com a organização social estabelecida e os fins por ela visados.

O estudo de tais métodos pautou-se, inicialmente, por uma dicotomia, oriunda sobretudo da análise dos meios de persecução europeus medievais, claramente divididos entre o direito inglês – tido como *acusatório* – e o direito europeu continental – fragmentado, mas tido como prevalentemente *inquisitivo* em dado período histórico.

O modelo acusatório tem raízes remotas, caracterizando-se já nos processos hindu e hebraico,² bem como no direito grego, marcado pela participação direta dos cidadãos no exercício da acusação e da jurisdição, pela oralidade e publicidade dos debates. O julgamento era realizado por maioria de votos, em tribunais que, por vezes, compunham-se de 100, 500, 1.000 e até 6.000 juízes, sendo que, no caso de empate, o acusado era absolvido.³

Em Roma, no período da República, o principal método de persecução foi a *accusatio* (*quaestio* ou *iudicium publicum*), que, abrindo mão da arbitrariedade do procedimento conhecido por *cognitio*, que prevaleceu durante a Monarquia, possibilitava maior segurança e equidade nas decisões.⁴ Referido sistema tinha feições eminentemente acusatórias, o que se deve às características da oralidade, da acusação conferida a qualquer cidadão romano e da decisão confiada a jurados, por maioria, sob a presidência de um pretor.⁵

Por sua vez, devido ao seu grande isolamento, cultural e mesmo geográfico, da Europa continental, o direito inglês se desenvolveu longe das práticas do Império Romano, que integrou somente dos séculos I ao V, sem que isso tenha influenciado significativamente sua cultura, sobretudo no que tange às suas instituições jurídicas.⁶ Conhecido por *common law*, sabe-se que foi organizado, a princípio, por Henrique II (1154-1189),⁷ sendo após fortemente influenciado pelo espírito libertário da *Magna Charta* (1215).⁸ Desta forma, por lá, o processo penal seguiu com índole acusatória, com as marcantes características da divisão de órgãos para as funções de acusar e julgar, do ônus acusatório da prova, da oralidade e da publicidade

² GRINOVER, 1982, p. 27-28.

³ TOURINHO FILHO, 2005, v. 1, p. 79-80.

⁴ MAIER, 1996, p. 274 e 282.

⁵ RIBEIRO, 2010, p. 45.

⁶ PRADO, 2006, p. 88.

⁷ COUTINHO, 2001, p. 33.

⁸ COUTINHO, 2001, p. 36.

dos debates, “desenvolvendo-se e consolidando-se na Inglaterra e no mundo anglo-saxão nas formas do *adversary system*”.⁹

Destino diverso tiveram os métodos de persecução da Europa continental, durante o período do Império em Roma. Neste momento, verifica-se a ascensão de um procedimento persecutório antes utilizado apenas para os casos de *delicta publica*, como os crimes de *lesae majestatis* de subversão e conspiração.¹⁰ Para que houvesse maior eficácia na repressão, lançava-se mão do procedimento de ofício conhecido por *cognitio extra ordinem*, o que se fazia, certamente, visando à salvaguarda do ente soberano. Como bem ensina Julio Maier, ao se alterar o regime político, passando a fonte da soberania da cidadania ao imperador, modificam-se também as funções estatais,¹¹ de forma que este procedimento, de feições claramente inquisitivas, foi aos poucos tomando o espaço da *accusatio*, deixando de ser extraordinário para ser ordinário. Neste sistema reside o germe da Inquisição, que perdurou por cerca de 700 anos como sistema vigente na maioria dos países europeus.¹²

No procedimento inquisitivo, o que se verifica é a absoluta inexistência de partes,¹³ cabendo ao inquisidor as funções de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação.¹⁴ Deste modo, a maior eficiência repressiva do procedimento se dava às custas da supressão de todo e qualquer direito do investigado, que, por sua vez, “fosse ele culpado ou inocente, era um mísero desvalido ao qual se recusava a condição humana”.¹⁵

Referido modo de proceder, já observado anteriormente em outros momentos históricos, como no Egito antigo,¹⁶ encontrou perfeita ressonância nos intentos da Igreja Católica, ávida pela repressão às seitas heréticas, que, tal como os *criminis lesae majestatis*, têm a perigosa capacidade de abalar os vínculos de poder estabelecidos. Neste passo, o direito europeu continental foi pouco a pouco tomado pelas práticas do Tribunal da Inquisição, instaurado com base na *Constitutio Excomuniamus* (1231) e consolidado com a Bula *Ad extirpanda* (1252),¹⁷ tudo no contexto de pluralismo jurídico que sabidamente marcou o período, sob a influência da ideia romano-canônica do império como *universitas christiana*.¹⁸

⁹ FERRAJOLI, 2010, p. 521.

¹⁰ FERRAJOLI, 2010, p. 520.

¹¹ MAIER, 1996, p. 284.

¹² RIBEIRO, 2010, p. 46.

¹³ COUTINHO, 2001, P. 23

¹⁴ VÉLEZ MARICONDE apud COUTINHO, 2001, p. 23.

¹⁵ TORNAGHI, 1987, p. 4.

¹⁶ GRINOVER, 1982, p. 28.

¹⁷ COUTINHO, 2001, p. 23.

¹⁸ MAIER, 1996, p. 289.

Nos ares da Idade Média, tido o mundo como mera passagem à vida eterna, tem-se terreno fértil para o desenvolvimento do modelo inquisitivo, vez que, sendo Deus o ofendido, a perseguição era pública e obrigatória.¹⁹ Como o julgamento final cabia não ao inquisidor, mero instrumento, mas às próprias entidades divinas, autorizava-se todo tipo de flagelos físicos e morais, capazes de purgar a alma, sendo a confissão, espontânea ou sob tortura, a rainha das provas.^{20 21}

Neste cenário, dissolve-se o processo, na forma clássica de Búlgaro, *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*²² (o processo é um ato de três personagens: juiz, autor e réu), de modo que tudo o que resta é um *procedimento persecutório*, na balizada observação de Frederico Marques.²³

De um lado, tem-se um genuíno processo, impulsionado pela acusação, sob a égide de um julgador que se pretende imparcial, desinteressado, de outro, um mero procedimento persecutório integralmente regido por um inquisidor. Destas gritantes dissemelhanças, deixando de lado características secundárias, meramente procedimentais, verifica-se claramente que “o que mais caracteriza os dois sistemas é a posição, no processo, dos intérpretes do drama judicial”.²⁴

Na estrutura acusatória, pelos próprios períodos históricos de relativa democracia em que floresceu, como analisado, o suposto agente é tido como *parte*, sujeitando-se a uma estrutura verdadeiramente processual – *judicis, actoris et rei*. Ser parte significa ser parcial, tomar partido, sendo estritamente necessária, num verdadeiro processo, a parte adversa, em contrapeso, assegurando ou facilitando justamente a imparcialidade do terceiro encarregado do julgamento, juiz enquanto *super et inter partes*.²⁵

Logo se vê que esta concepção tem a seu lado a própria etimologia dos vocábulos, vez que de *acusatório* se presume uma acusação, remontando-se à estrutura do *actum trium*

¹⁹ FERRAJOLI, 2010, p. 521.

²⁰ Na exposição de Coutinho (2001, p. 24), “Como *crime* e *pecado* passam a ser sinônimos, o processo é imaginado e posto em prática como um mecanismo terapêutico capaz de, pela punição, absolver”.

²¹ Tornaghi (1987, p. 3) bem descreve a confissão no contexto do procedimento inquisitivo: “Se o que os algozes desejavam era uma confissão, ele [o investigado] terminava por fazê-la, verdadeira ou falsa, contanto que se libertasse daquele tormento e ainda que a admissão de culpa lhe pudesse trazer uma condenação à morte. Morte aliás redentora, que o libertava de um processo iníquo e de um juiz verdugo.”

²² CINTRA et al., 2010, p. 304.

²³ “Em suma: no sistema inquisitório não havia processo, e sim, procedimento persecutório; e tampouco jurisdição, pois o juiz penal era órgão que exercia não a função jurisdicional, mas a autotutela dos interesses repressivos do estado, ou do órgão dinástico (ou de outra espécie) que encarnava o poder público.” (MARQUES, 1980, v. 1, p. 82).

²⁴ GRINOVER, 1982, p. 53.

²⁵ CINTRA et al., 2010, p. 319.

personarum, e *inquisitório* deriva do latim *inquisitio*, inquirir, averiguar, interrogar,²⁶ bem se amoldando à definição de Vélez Mariconde, “pesquisa que se cumpre por escrito e secretamente, e ao término da qual se dita a sentença”.²⁷

De todo modo, por mais que se entenda ser esta a principal divergência entre os modelos analisados, há de ficar claro que não se deve fiar em qualquer diferenciação imbatível, mas tão-só numa que seja mais útil no único sentido que merece ter: meramente didático.

Isto posto, diferenciados os modelos teóricos clássicos, surgiu, na esteira das ideias iluministas, um sistema que se compõe de características tidas como oriundas de ambas as tradições históricas analisadas, que ficou conhecido como misto, reformado ou napoleônico. Em linhas gerais, referido sistema tem origem no francês *Code d’Instruction Criminale*, de 1808, pioneiro na cisão do processo nas fases investigatória e judicial, a primeira escrita e secreta, levada a cabo por um juiz instrutor, a segunda impulsionada pelo Ministério Público, oral, pública e em contraditório.²⁸

Há de se atentar que a principal característica deste sistema, ou seja, a fusão do procedimento em fases, influenciou de forma indelével grande parte das legislações da Europa continental e, consequentemente, aquelas por elas influenciadas, dentre as quais a nossa, atualmente em vigor.²⁹

A questão da existência de um modelo teórico misto é controversa no meio acadêmico. Coutinho nega a possibilidade de um tal sistema por, segundo indica, não ser possível identificar nele um princípio fundante próprio.³⁰

Quanto ao tema, é necessário verificar que a existência ou não de um modelo misto depende, unicamente, da eleição das características assumidas como diferenciadoras dos modelos acusatório e inquisitivo.

É inevitável a constatação de que, num tal sistema, confundem-se elementos advindos de tradições históricas diversas. Dividido o procedimento em fases, tem-se uma fase que bem remonta àquela da lógica inquisitiva, secreta e desprovida de contraditório, em que o investigado, de plano, não é tido como parte, o que somente passa a ocorrer na fase seguinte, judicial, quando se estabelece o contraditório e visa-se a garantir a imparcialidade do terceiro responsável pelo julgamento, numa estrutura eminentemente processual.

²⁶ SILVA, 1993, p. 477-478.

²⁷ “(...) *inquisitio* significa pesquisa que se cumple por escrito y secretamente, y al término de la cual se dicta la sentencia”. (VÉLEZ MARICONDE apud COUTINHO, 2001, p. 23).

²⁸ RIBEIRO, 2010, p. 61-63.

²⁹ COUTINHO, 2001, p. 40.

³⁰ COUTINHO, 2001, p. 40.

A despeito desta marcante influência de tradições históricas distintas, a concepção de um modelo misto será sempre por demais genérica, vez que hoje já é unânime o entendimento de que inexistem, de plano, sistemas puros,³¹ ou seja, ao fim e ao cabo, todo sistema seria misto. Por isso, mostra-se mais conveniente e coerente entender que em cada sistema prevalece um ou outro modelo teórico – acusatório ou inquisitivo.³²

No caso do Brasil, em que pese a adoção do sistema bipartido, de origem francesa, há de se reconhecer que a estrutura adotada para a persecução penal é eminentemente acusatória, vez que o contraditório, mesmo quando diferido por conta da eficácia da investigação, é restabelecido sempre que necessárias medidas coercitivas, sempre autorizadas por órgão judicial próprio, a não ser nos casos de flagrante delito, por suas peculiaridades, o que ocorre também quando se adentra à fase judicial, para a qual se reserva um julgador que se pretende imparcial, cujos poderes instrutórios são meramente complementares ao das partes, como adiante se analisará.

De mais a mais, cá se concorda com Vicente Greco Filho, quando afirma que “o sistema acusatório (...) não retira do Juiz os poderes inquisitivos referentes à prova e perquirição da verdade. Neste caso, porém, a atuação inquisitiva não se faz predeterminante nem a favor da acusação, nem da defesa, nem compromete a imparcialidade. O que se repele é a inquisitividade na formulação da acusação”³³. Segundo Figueiredo Dias, mesmo munido o juiz de tais poderes, “nem por isso, no entanto, se estará caído num processo de estrutura inquisitória, tal como ela historicamente surgiu e se impôs”.³⁴

Assim, embora se tenha o inquérito por fase *inquisitiva*, logo se vê que em nada se assemelha ao procedimento inquisitivo suso retratado. Embora se trate de uma pesquisa levada a cabo secretamente por um órgão de investigação, logo se percebe que este órgão não proferirá, ao fim, decisão alguma, senão a de enviar o resultado dos trabalhos ao órgão responsável pela propositura de eventual acusação, ou mesmo propô-la ele próprio, a depender do sistema processual em análise.

Desta forma, sempre que necessário, verifica-se o estabelecimento em torno do investigado da estrutura marcante do modelo acusatório, tendo-se o acusado, a todo o momento, como sujeito de direitos, ao qual a garantia de uma estrutura genuinamente processual é requisito mínimo para o perfazimento de sua postura constitucional.

³¹ FERRAJOLI, 2010, p. 519.

³² COUTINHO, 2001, p. 17.

³³ GRECO FILHO, 1991, p. 64.

³⁴ DIAS, 1984, p. 191-192.

Por fim, cumpre estar sempre alerta ao fato de que, por mais que se levantem bem fundamentadas teses, doutrinariamente, no sentido de que os indicadores de cada modelo teórico são outros, de forma que a índole do sistema processual penal brasileiro não seria acusatória, mas até mesmo inquisitiva, há de se ter sempre em mente que tais conclusões devem se ater unicamente ao debate acadêmico, pois os princípios a que deve atentar a legislação processual, em sua elaboração e interpretação, são aqueles de nossa Constituição, e não aqueles que em tese informam modelos históricos ou teóricos.

No mesmo sentido, deve-se atentar ainda ao iminente risco de, ao obter-se referidas conclusões, cair no perigoso uso retórico do termo “inquisitivo”, impingindo necessariamente um juízo de valor negativo ao objeto em análise, tornando o termo “confuso ou – no melhor dos casos – inútil”, vez que, ao utilizá-lo, está-se sempre “evocando mais ou menos explicitamente o espírito da Santa Inquisição, em cujos processos o investigado não tinha nenhum poder de defesa em frente a um tribunal onipotente”, na acurada observação de Michele Taruffo.³⁵

Acusatório ou inquisitivo, o que se percebe é a necessidade de adoção de um processo que bem atenda às demandas constitucionais, e nisso consiste o benefício da análise da iniciativa instrutória do julgador, sua natureza e os limites que se lhe devem impor para que bem se enquadre no processo penal idealizado.

³⁵ “Este termo é tão carregado de implicações retóricas que se torna confuso ou – no melhor dos casos – inútil. As implicações retóricas são normalmente usadas – evocando mais ou menos explicitamente o espírito da Santa Inquisição, em cujos processos o investigado não tinha qualquer poder de defesa ante a um tribunal onipotente – com o objetivo de dar uma valoração negativa a tudo aquilo a que se refere.” Como segue: “Questo termini è così carico di implicazioni retoriche da renderlo fuorviante o – nel migliore dei casi – inutile. Le implicazioni retoriche sono nel senso che esso viene normalmente usato – evocando più o meno esplicitamente lo spettro della Santa Inquisizione, nei cui processi l’indagato non aveva alcun potere di difesa davanti ad un tribunale onnipotente – con lo scopo di convogliare una valutazione negativa su tutto ciò a cui viene riferito.” (TARUFFO, 2006, p. 239-240).

3. Os sistemas processuais penais estrangeiros.

Com o iluminismo, sobretudo pela influência de filósofos como Rousseau e Beccaria, partindo-se da ideia de igualdade entre os homens, fez-se necessário, nos países que deixavam para trás o absolutismo, adotar um procedimento que mais se amoldasse a um Estado que respeita o homem em sua esfera de direitos, no germe da ideia que se tem hoje de dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, nada mais esperado que se adotasse, em tais países, um processo penal com alguma semelhança àquele do direito inglês, chamando-se o acusado para contribuir no feito, influenciando na formação das provas, debatendo com um oponente que não o irá julgar ao final, o que caberá a um terceiro que se pretende imparcial. Assim, inevitável a assimilação aos procedimentos de elementos como o contraditório e a ampla defesa, bem como a divisão das tarefas de acusar, defender e julgar, possibilitando a imparcialidade do julgador.

É o que ocorreu, com o passar do tempo, no processo penal de todos os países que se pretendem democráticos, cada qual com suas peculiaridades.

Verifica-se que, na Alemanha, o Ministério Público é responsável pelo inquérito, conduzindo as investigações necessárias. Neste momento, tido como fase preliminar, há um juiz encarregado de verificar a regularidade jurídica do processo e autorizar certos atos investigativos, sem adentrar em seu mérito. Cabe a este juiz, que não julgará a causa, determinar as medidas cautelares de prisão, internação, oitiva de testemunhas e peritos, não cabendo ao Ministério Público a tomada de decisões de urgência.³⁶ Assim, nesta fase, a atuação do juiz diz respeito ao controle da legalidade de medidas coercitivas, analisando-se sua necessidade e oportunidade, baseando-se no grau de suspeita e na gravidade dos fatos.³⁷

Na fase intermediária, após o fim das investigações, exerce-se controle sobre a decisão do Ministério Público de propor a ação. Formaliza-se o início da fase de julgamento, verificando se há “suspeita legítima” de cometimento da infração, bem como a validade dos atos de persecução.³⁸

Na fase principal, no procedimento ordinário, ocorre a audiência de debates, marcada pela publicidade, oralidade, contraditório e concentração dos atos processuais, pronunciando-

³⁶ JUY-BIRMANN, 2005, p. 19.

³⁷ JUY-BIRMANN, 2005, p. 27.

³⁸ JUY-BIRMANN, 2005, p. 28-29.

se o juiz, após, quanto à culpabilidade do acusado e a fixação da pena.³⁹ “A busca judiciária da verdade, mais do que uma luta entre as partes, governa esta fase, e o tribunal vela pela ‘paridade das armas’ (*die Waffengleichheit*) entre o acusado e o Ministério Público.”⁴⁰

Com isso, o mais importante a evidenciar, no sistema processual penal alemão, diz respeito à sua própria concepção, que vai contra a essência do chamado *adversary system*. Neste sentido, cabe ao Ministério Público, na Alemanha, estender a investigação também para aquilo que for favorável ao investigado.

De igual maneira, tem-se que o § 244, 2 do StPO (*Strafprozeßordnung*, CPP alemão de 1877), que constitui o núcleo do processo penal alemão no que tange à colheita e administração de provas, determina que o próprio juiz deve buscar as provas necessárias à decisão. “O acusado tem, implicitamente, reconhecido o direito à busca da verdade material *pelo juiz*”.⁴¹ Reza o dispositivo: “No sentido de investigar a verdade, o juiz deve, de ofício, estender a obtenção de provas a todos os fatos ou meios de prova relevantes para a decisão”.⁴²

Assim, o Código de Processo Penal alemão consagra o princípio da investigação por iniciativa do juiz (*Ermittlungsgrundsatz* ou *Inquisitionsmaxime*), que lhe impõe a descoberta da verdade, seja ele responsável pela investigação preliminar ou o próprio presidente da audiência de mérito. “Este princípio é frequentemente arguido na Corte, e se o julgamento é conduzido em desacordo com ele, pode ser razão suficiente para apelação.”⁴³

Com isso, sobressalta-se a realidade da constatação de que, como afirma Julio Maier, ficou para trás a ideia, o sentido e a prática germânica histórica sobre a prova, prevalecendo a influência do direito romano imperial, com sua ideia de persecução pública e oficial por uma verdade histórica.⁴⁴

Por sua vez, na França, o juiz de instrução é também investigador, ou seja, colhe as provas de materialidade e autoria e pode, como juiz, requisitar o uso de força pública, decidir sobre a realização de exames e, eventualmente, sobre a colocação do investigado em detenção provisória ou sob o controle judiciário. Seu labor é voltado à elucidação dos fatos, não à inculpação, ou seja, colhem-se provas a favor e contra possíveis agentes. Além disso, é ele quem determina as imputações e decide, tendo em vista os requerimentos do Ministério

³⁹ JUY-BIRMANN, 2005, p. 29-30.

⁴⁰ JUY-BIRMANN, 2005, p. 29.

⁴¹ JUY-BIRMANN, 2005, p. 45-46.

⁴² “§ 244, 2. Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.” (ALEMANHA, 2009).

⁴³ SALAS, 2005, p. 529.

⁴⁴ MAIER, 1996, p. 303-304.

Público, pelo encaminhamento do investigado à apartada jurisdição de julgamento, mesmo que seja pela decisão de não processar.⁴⁵

Desde a reforma processual de 2000, há ainda a figura do *juiz independente* ou *juiz das liberdades e da detenção*, que decide sobre a manutenção da custódia, bem como sobre o pedido de liberdade feito pela pessoa custodiada.⁴⁶

Com isso, há uma rígida separação das funções de persecução e julgamento,⁴⁷ e, mesmo assim, na França todas as cortes podem realizar investigações de ofício,⁴⁸ o que se prevê no artigo 283 do *Code de procédure pénale*, que dispõe que “O presidente, se a instrução lhe parece incompleta ou se foram revelados elementos novos após o encerramento, pode ordenar todos os atos de informação que repute úteis”.⁴⁹

Na Itália, de acordo com o novo *Codice di Procedura Penale*, de 1989, há um juiz para a fase preparatória, que controla a duração das investigações preliminares e do exercício da ação pública, bem como, em alguns casos, a formação da prova antecipada.⁵⁰ Embora no sistema italiano se consagre o contraditório ao longo do processo, a fase de investigação é marcada pelo segredo interno e externo, sendo que os atos sigilosos não podem ser publicados em meio de comunicação algum.⁵¹

No que tange à produção probatória, tem-se que cabe primeiramente às partes, resguardando-se ao julgador, quando julgar “absolutamente necessário”, o requerimento de ofício de provas complementares, conforme dispõe o artigo 507 do novo Código de Processo Penal (“Após a aquisição de provas, o juiz, se for absolutamente necessário, pode também de ofício requerer novos meios de prova”),⁵² poder este que tem sido interpretado pela Corte Constitucional de forma bastante ampla.⁵³

⁴⁵ DERVIEUX, 2005, p. 164.

⁴⁶ DERVIEUX, 2005, p. 164-165.

⁴⁷ “Se, no curso de sua carreira, o magistrado pode ocupar sucessivamente as funções de juiz (sentido estrito) ou do Ministério Público, ele não pode, em princípio, ter sucessivamente funções diferentes num mesmo caso. A Corte de Cassação declarou de maneira específica a incompatibilidade das funções de instrução e julgamento, e as funções de persecução e julgamento pelos mesmos fatos.” (DERVIEUX, 2005, p. 167).

⁴⁸ SALAS, 2005, p. 527.

⁴⁹ “Art. 283. Le président, si l’instruction lui semble incomplète ou si des éléments nouveaux ont été révélés depuis sa clôture, peut ordonner tous actes d’information qu’il estime utiles.” (FRANÇA, 2010).

⁵⁰ PERRODET, 2005, p. 353-354.

⁵¹ PERRODET, 2005, p. 365-366.

⁵² “Art. 507. 1. Terminata l’acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l’assunzione di nuovi mezzi di prove.” (ITÁLIA, 2009).

⁵³ PERRODET, 2005, p. 390.

Em Portugal, a fase de inquérito fica a cargo do Ministério Público, ao qual se atribuem poderes investigatórios, podendo até mesmo provocar a aplicação de medidas restritivas de liberdade ao acusado, sem sua prévia oitiva.⁵⁴

Ainda, há em Portugal ampla autorização ao tribunal para que ordene, de ofício ou a requerimento, "a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa", inclusive a produção de provas supervenientes, que não constam da acusação, da pronúncia ou da contestação,⁵⁵ consagrando-se o princípio da investigação ou da verdade material, como destaca António Tolda Pinto. No que tange à prova superveniente, todavia, há de se dar ciência, com a antecedência possível, aos sujeitos do processo, sob pena de nulidade insanável.⁵⁶

De outro vértice, no processo penal da Inglaterra e Gales não há qualquer código escrito. As regras estão esparsas em diversos textos legislativos, que datam desde o século XII até os dias atuais, bem como em uma abundante jurisprudência, ou seja, foi evoluindo lentamente no correr dos séculos, sem um planejamento consciente.⁵⁷

Neste sistema, a polícia age por conta própria na investigação dos crimes, somente dependendo de um mandado expedido pelo juiz ou magistrado antes de tomar determinadas medidas coercitivas, sem desempenhar sua investigação sob coordenação do CPS (*Crown Prosecution Service*), equivalente ao nosso Ministério Público, havendo também agências especiais para investigar certos tipos de infração.⁵⁸

Quanto à publicidade, verifica-se que, em favor da eficiência das investigações, a defesa não tem direito de acessar os autos policiais do caso, embora, na prática, como liberalidade, isso possa ser permitido pela polícia, o que varia também de acordo com a natureza da infração.⁵⁹

Embora o sistema inglês seja marcado, historicamente, pela rígida divisão das funções de acusar, defender e julgar, como já analisado anteriormente, hoje se tem pouco a pouco quebrado este paradigma, entendendo-se que, por possuírem, usualmente, muito mais

⁵⁴ RIBEIRO, 2010, p. 52.

⁵⁵ Reza o artigo 340 do Código de Processo Penal português de 1987: "1 - O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. 2 - Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com a antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da acta." (PORTUGAL, 2007).

⁵⁶ TOLDA PINTO, 1999, p. 810-811.

⁵⁷ SPENCER, 2005, p. 245.

⁵⁸ SPENCER, 2005, p. 259-260.

⁵⁹ SPENCER, 2005, p. 316.

recursos, a polícia e o CPS devem abranger seus trabalhos também àquilo que favoreça a defesa.⁶⁰

Também neste particular, há de se notar que, ultimamente, “a jurisprudência também tem aceitado que o juiz possa exercer o poder de convocar testemunhas que não tenham sido arroladas por nenhum dos lados e, em certas circunstâncias, o juiz é obrigado a fazê-lo”.⁶¹

Além disso, no sistema inglês, “É o juiz quem decide qual prova deve ser admitida (ou, na Corte dos Magistrados, o magistrado). A corte tem a tarefa de assegurar a lealdade do processo e, como parte disso, tem o dever de rejeitar a prova legalmente inadmissível”.⁶²

Com isso, verifica-se que mesmo no país que melhor representa o modelo do *adversary system*, ou seja, aquele em que o processo mais se configura como um duelo de partes, tem-se quebrado antigas tradições no sentido de otimizar os procedimentos, tendo em vista uma concepção mais publicista da causa penal.

Nos Estados Unidos, de seu turno, o processo penal apresenta grandes semelhanças ao inglês, o que se deve aos estreitos laços históricos e culturais entre as nações. Também por lá a investigação é predominantemente uma atribuição policial, utilizando-se largamente a detenção e, não raro, a própria prisão do investigado. Em alguns casos, como quando se trata de crimes capitais ou por outras razões infamantes, referente a crime federal ou havendo equivalente adoção no Estado membro, a investigação é levada a cabo pela própria instituição do Grande Júri, por vezes tida como de natureza marcadamente inquisitória, como aponta o professor João Gualberto Garcez Ramos, vez que passa a ser órgão destinatário e autor da investigação. Além disso, tem-se admitido, em alguns casos, uma maior participação dos promotores na investigação.⁶³

Na fase judicial, vige o princípio da liberdade das provas, o direito de as partes obterem testemunhas a seu favor e o dever de compartilhar, quando requisitado, o material probatório obtido com a parte adversa.⁶⁴

Importante destacar que, após o pronunciamento do veredito pelo júri, cujo resultado se resume tão-só à declaração culpado (*guilty*) ou inocente (*not guilty*), cumpre ao juiz a fase de sentenciamento, na qual se estabelece a pena merecida pelo réu, emitindo uma sentença. Neste momento, cumpre ao juiz ouvir testemunhas e determinar a realização de todo tipo de provas, “as quais não estarão voltadas à declaração de culpa do réu, mas apenas à

⁶⁰ SPENCER, 2005, p. 309.

⁶¹ SPENCER, 2005, p. 271.

⁶² SPENCER, 2005, p. 311.

⁶³ RAMOS, 2006, p. 178-179 e 180-181.

⁶⁴ RAMOS, 2006, p. 190-191

determinação do *quantum* da condenação”, ou seja, nesta fase a iniciativa probatória é conferida ao próprio juiz.⁶⁵

No que tange ao processo penal norte-americano, destacam-se ainda as regras 614⁶⁶ e 706⁶⁷ das *Federal Rules of Evidence*, que dispõem sobre o chamamento e inquirição de testemunhas e peritos pela própria da corte de julgamento – lembrando que, no processo penal do *common law*, é comum que diversos tipos de prova, mesmo documental e pericial, sejam feitos por meio de testemunhas, tendo em vista a natureza expressivamente oral dos procedimentos.

Como se percebe, tanto o processo penal inglês como o norte-americano, representantes do *common law*, de natureza acusatória e adversarial, marcam-se de maneira indelével por uma fase de investigação secreta, levada a cabo pela polícia, tendo inegável semelhança àquela fase dita inquisitorial dos processos oriundos da experiência francesa, até porque uma investigação é, por definição, uma pesquisa sigilosa.⁶⁸ Além disso, de plano, não têm como marca a total isenção dos julgadores no campo da prova, o que por vezes é tido como principal indício do modelo acusatório.

De outro canto, como já alertado, na América Latina adotou-se em larga escala o processo penal bipartido, de origem francesa. É o que ocorre, por exemplo, na Argentina, onde há um juiz de instrução encarregado da investigação preliminar, ao qual também cabe autorizar certas medidas coercitivas.⁶⁹ Ainda assim, no sistema processual penal argentino, tal como nos processos penais europeus acima analisados, faculta-se ao julgador a possibilidade

⁶⁵ RAMOS, 2006, p. 194.

⁶⁶ Segundo esta regra, “(a) O tribunal poderá, de ofício ou por provocação das partes, chamar testemunhas, e todas as partes poderão interrogá-la. (b) O tribunal poderá interrogar testemunhas, chamadas por si próprio ou pelas partes (...)”. Como segue: “Rule 614. (a) The court may, on its own motion or at the suggestion of a party, call witnesses, and all parties are entitled to cross-examine witnesses thus called. (b) The court may interrogate witnesses, whether called by itself or by a party. (...)” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2010).

⁶⁷ Segundo esta regra, “(...) O tribunal poderá nomear qualquer perito acordado pelas partes, e poderá nomear peritos de sua própria escolha. Um perito não poderá ser nomeado sem que consinta para tanto. A testemunha assim nomeada deverá ser informada de seus deveres por escrito, sendo uma cópia preenchida com o escrivão, ou numa conferência da qual possam participar as partes. A testemunha assim nomeada deverá avisar as partes de suas conclusões, se houver; o depoimento de uma testemunha pode ser tomado por qualquer das partes; e a testemunha pode ser chamada, pelo tribunal ou pelas partes, para prestar declarações. A testemunha deverá ser sujeita à inquirição de cada parte, inclusive daquela que a indicou.” Como segue: “Rule 706. (...) The court may appoint any expert witnesses agreed upon by the parties, and may appoint expert witnesses of its own selection. An expert witness shall not be appointed by the court unless the witness consents to act. A witness so appointed shall be informed of the witness' duties by the court in writing, a copy of which shall be filed with the clerk, or at a conference in which the parties shall have opportunity to participate. A witness so appointed shall advise the parties of the witness' findings, if any; the witness' deposition may be taken by any party; and the witness may be called to testify by the court or any party. The witness shall be subject to cross-examination by each party, including a party calling the witness. (...)” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2010).

⁶⁸ RAMOS, 2006, p. 183.

⁶⁹ BERTONI; GUARIGLIA, 2000, p. 45.

de uma *instrucción suplementaria*, conforme dispõe o artigo 357 do *Código Procesal Penal* de 1991.⁷⁰

No Chile, até a reforma processual penal de 2000, consagrava-se um sistema eminentemente inquisitório, concentrando o poder de investigação nas mãos de um juiz individual, que dirigia ele próprio as investigações policiais, formulava a “acusação”, abria oportunidade de defesa ao imputado e, por fim, decidia sobre a culpabilidade, determinando ainda a eventual pena a ser aplicada.⁷¹ Hoje, o novo código conta com a abrangente participação do Ministério Público na promoção das demandas e das investigações, instituindo ainda o chamado *juez de garantía*, que zela pelos direitos do imputado e demais intervenientes no processo, dirige a audiência preliminar, formaliza acordos, autoriza diligências e analisa outras requisições das partes, dentre outras atribuições que lhe são peculiares.⁷²

Tal sistema é semelhante àquele para o qual se guia o processo penal brasileiro, ao menos na atual redação do Projeto de Lei do Senado de número 156/2009.⁷³ De um extremo ao outro, entre a total inquisitorialidade do julgador e sua total isenção no campo da prova, no caso do Chile, não há negar ser mais favorável ao bom julgamento das demandas o novo processo adotado.

Desta forma, como bem trata do tema Denis Salas, atualmente é mais prudente falar-se em uma “escala móvel” ao tratar da função investigativa do juiz no processo penal.⁷⁴ Deste modo, se na Alemanha a iniciativa probatória do juiz é tida como um *dever*, tanto na fase de investigação como na audiência de mérito, e no Chile estão hoje bem apartadas as funções de investigar e julgar, na Itália, na Inglaterra, em Portugal, na Argentina e nos Estados Unidos estes poderes podem bem ser caracterizados como subsidiários ao das partes, a exemplo do que ocorre no processo penal brasileiro contemporâneo,⁷⁵ dividindo-se a iniciativa probatória não apenas entre as partes, mas ainda com o julgador, variando unicamente a relevância deste papel e sua forma de aplicação entre os sistemas.

⁷⁰ “Art. 357. Antes del debate, con noticia de las partes, el presidente, de oficio o a pedido de parte, podrá ordenar los actos de instrucción indispensables que se hubieren omitido o denegado o fuere imposible cumplir en la audiencia o recibir declaración a las personas que presumiblemente no concurrirán al debate por enfermedad u otro impedimento. A tal efecto, podrá actuar uno de los jueces del tribunal o librarse las providencias necesarias.” (ARGENTINA, 2009).

⁷¹ Quanto ao antigo sistema processual penal do Chile e os poderes do juiz, cf. RIEGO, 2000, p. 174.

⁷² Quanto à reforma processual penal no Chile e a atual divisão de funções, cf. VALDIVIESO, 2008, p. 9.

⁷³ SARNEY, 2009.

⁷⁴ SALAS, 2005, p. 529.

⁷⁵ Além da previsão do artigo 156 do Código de Processo Penal, que claramente indica a subsidiariedade dos poderes probatórios do juiz, também os artigos 196, 209, *caput* e § 1º, 234 e 242, dentre outros, consagram tais poderes ao julgador em nosso sistema. (BRASIL, 2009).

4. A iniciativa probatória do juiz no processo penal democrático.

Como se evidencia da análise das tradições históricas, dos modelos teóricos consagrados na doutrina e da atual conjuntura do processo penal no direito comparado, tem-se que o modelo acusatório efetivamente finda por ser mais democrático, o que se afirma sob o prisma da influência e participação do acusado no processo de formação do *decisum* (embora, por evidente, não participe diretamente da decisão).

Neste sentido, sendo o juiz, ele próprio, ser que encarna o Estado,⁷⁶ é coerente concluir que, no Estado democrático, o processo não deve ter no julgador um ente totalitário, cabendo às partes a mais relevante influência na contraposição de suas razões, até porque não estão perante o juiz na condição de súditos, em obediência passiva, mas como cidadãos livres e ativos.⁷⁷

Nesta análise, deve-se cuidar para não cair em falsas fórmulas, como se pudesse um ou outro elemento procedimental indicar um sistema processual mais ou menos democrático, ou, de forma ainda mais desmedida, um Estado mais ou menos autoritário, tendo em vista que a própria análise empírica de sistemas processuais em países tidos como democráticos indica clara mescla de tradições históricas distintas. No mesmo sentido, sabe-se que a acusatoriedade pode se dar meramente no plano formal,⁷⁸ utilizando-se o “mito do triângulo”⁷⁹ para legitimar práticas autoritárias.

Inegavelmente, a combinação de certos elementos abre à parte maior oportunidade de influir na decisão final, levando suas razões ao conhecimento do julgador, para que este, subtraindo do embate de forças opostas um juízo equilibrado, possa decidir com imparcialidade.

Com isso, tem-se evidente que as práticas típicas do modelo acusatório corroboram a um ideal democrático justiça. Contudo, é evidente que cada elemento do procedimento, como, por exemplo, o contraditório, a publicidade, a divisão de funções, a independência do juiz ou sua influência no campo da prova, se tomado isoladamente, jamais poderia informar de plano um modelo democrático ou autoritário. A natureza do sistema deriva da análise conjunta de todos os elementos que o compõem, e se revela, sobretudo, na concepção do investigado enquanto *sujeito de direitos* ou mero *elemento de prova*, divergência que é expressão própria

⁷⁶ MARQUES, 1997, v. I, p. 358.

⁷⁷ CALAMANDREI apud PRADO, 2006, p. 33.

⁷⁸ COUTINHO, 2001, p. 23-24.

⁷⁹ CORDERO apud GRINOVER, 1982, p. 56.

do respeito, ou não, à dignidade da pessoa humana. Como se percebe, é nessa medida que se distanciam as lógicas autoritárias da democracia, independentemente da análise isolada dos meros procedimentos. Por este motivo afirmou, sem erro, Figueiredo Dias: “Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu”.⁸⁰

Com razão, Ferrajoli associa a arbitrariedade dos modelos autoritários ao alargado poder de disposição do julgador.⁸¹ Neste sentido, vê-se que, no processo democrático, diversos entraves são impostos à formação da cognição judicial, sendo ilustração perfeita o próprio benefício da dúvida ao réu, impedindo-se condenações com base em juízos mal formados, o que se acompanha usualmente da inércia da jurisdição, da necessidade de legalidade na formação das provas, na fundamentação das decisões etc., bem como na própria garantia de duplo grau de jurisdição, criando mecanismos de aperfeiçoamento das decisões, para que tanto mais seja evitada a arbitrariedade, consagrando os atuais moldes do processo democrático.

Neste passo, o que muito se confunde é a função de acusar ou defender com a atividade de produzir provas, dois atos distintos no processo, embora próximos. Acusar é promover a ação, inicia-la, indicar que dada pessoa cometeu determinado delito. Para isso, é prudente que se ofereçam provas, sob pena de não ser sequer recebida a denúncia. A defesa, de igual modo, se defenderá dos fatos e, prudentemente, apresentará as provas que possui, requerendo outras que julgar necessário, vez que o descaso, neste momento, poderá trazer-lhe amargas decepções.⁸² O que se percebe é que a produção probatória não é sequer uma obrigação da parte, mas antes um ônus, havendo unicamente um risco ou um prejuízo quando não forem provadas suas alegações.⁸³ Tal fato somente corrobora ao entendimento de que acusar ou defender em nada se confunde à atividade de produzir provas, que bem pode ser desprovida de parcialidade.

Assim, vê-se assistir razão ao entendimento de Ada Pellegrini Grinover, quando indica que a nítida separação das funções de acusar e julgar nada diz respeito à obtenção de provas

⁸⁰ Nas palavras do grande processualista: “O estatuto jurídico que ao arguido seja assegurado em um certo processo penal constitui, por excelência, a pedra de toque para avaliar do *espírito* do ordenamento jurídico processual penal respectivo, enquanto é naquele que faz crise a questão que já atrás dissemos decisiva nesta matéria: a *forma de conceber as relações entre o Estado e a pessoa individual* e a consequente *posição desta na comunidade*. ‘Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu’ - eis um slogan que poderá caracterizar impressivamente a relevância do problema de que agora curamos.” (DIAS, 1984, p. 428).

⁸¹ FERRAJOLI, 2010, p. 43.

⁸² ESPÍNOLA FILHO apud TOURINHO FILHO, 2005, p. 239.

⁸³ TOURINHO FILHO, 2005, p. 238-239. Todavia, a questão do ônus probatório é controversa no âmbito do processo penal. Figueiredo Dias, por exemplo, rechaça a possibilidade, dado justamente o dever de investigação judicial autônoma. (DIAS, 1984, p. 193).

pelo julgador, vez que a produção de provas não se confunde à atividade da acusação. Em sua análise, a ilustre professora conclui que a primeira figura, traduzida no *actum trium personarum*, liga-se ao modelo acusatório, ao passo que a figura do juiz inerte mais se ligaria ao chamado *adversarial system*, de origem britânica.⁸⁴

No que tange à possível tendência autoritária que apresentaria a atuação judiciária no campo da prova, Michele Taruffo bem trata daquilo que chama de “teoria da torta” (*teoria della torta*), consistente na errônea percepção de que a produção probatória seria um *quantum* certo que, quando dividido com o juiz, seria diminuído proporcionalmente para cada um dos demais atores processuais, o que evidentemente não ocorre, pois, se assim fosse, em muitos ordenamentos já não sobraria qualquer poder de prova às partes.⁸⁵ Pelo contrário, quanto à iniciativa probatória, sua maior divisão somente contribui à formação de um mais amplo e variado estrato probatório.

Com isso, logo se vê que a determinação de provas pelo julgador em nada abala o edifício de garantias que bem caracteriza o processo penal democrático, e daí o porquê da tendência que se verifica de usualmente consagrarem os ordenamentos, em alguma medida, poderes de instrução ao juiz penal, sem relegar toda esta atividade às partes, não se permitindo a caracterização do juiz, então, como “refém das partes”, na expressão utilizada por José Laurindo de Souza Netto.⁸⁶ Em resumo, como leciona Hélio Tornaghi, “Cumprir não elevar o juiz a dono do processo, nem rebaixar as partes à situação de sujeitos meramente passivos; e vice-versa, é preciso não reduzir o juiz a um títere, boneco movido por meio de cordões ou engonços pela vontade das partes.”⁸⁷

O que se conclui é que, no que tange à formação de um sistema democrático, mais influi em sua constatação a garantia efetiva dos direitos da parte, revelando-se no processo o “microcosmo democrático do Estado de direito” de que trata Cândido Dinamarco, “com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade”.⁸⁸

Com isso, logo se vê que a análise usualmente realizada dos modelos teóricos acusatório e inquisitivo, associando-os a tendências democráticas e autoritárias, tem descambiado a uma dicotomia indesejável. De fato, como bem assevera Ada Pellegrini

⁸⁴ GRINOVER, 2005, p. 17 e 21.

⁸⁵ TARUFFO, 2006, p. 262. Igualmente, Grinover (2005, p. 22) aponta que “O papel ativo do juiz na produção da prova não afeta de modo algum a liberdade das partes. Têm elas a plena disponibilidade do direito material, podendo, por exemplo, renunciar, transigir, desistir. Mas a solução processual está nas mãos do juiz, que não pode por isso ser obrigado a satisfazer-se com a atividade das partes, mesmo no processo civil dispositivo.”

⁸⁶ SOUZA NETTO, 2003, p. 142.

⁸⁷ TORNAGHI, 1987, p. 17.

⁸⁸ DINAMARCO, 1993, p. 27.

Grinover, “no Estado de direito não há outro processo possível, senão o acusatório, segundo o modelo do *actum trium personarum*”.⁸⁹ Todavia, a busca por um processo democrático não deve se confundir à implantação do modelo acusatório, que não é meramente um rol de procedimentos, mas o retrato da divisão de funções, limitando o poder de disposição do julgador em face do imputado.

O que se observa é que, dos procedimentos usualmente verificados nos sistemas de índole acusatória, devem ser extraídas, a partir da análise histórica de suas práticas, as qualidades benéficas, o que também deve ser reconhecido nos e aproveitado dos sistemas pretéritos que mais se amoldam ao modelo teórico inquisitivo, numa análise racional e pragmática com vistas unicamente à efetivação de normas constitucionais.

Destarte, a atenção não deve estar voltada à reanimação de sistemas vetustos, inerentes a lógicas totalmente diversas da atual. Falar-se em sistemas “puros” acusatórios ou inquisitivos, quando se leva em conta um mero rol de procedimentos, já é absolutamente inaceitável, vez que todo sistema é, em si, puro ou impuro, a depender unicamente do referencial de pureza em análise. Desta forma, o sistema puro a que se deve visar é o sistema constitucional pátrio, no qual se deve amoldar um subsistema processual penal *democrático*, e não meramente acusatório, vez que não se confundem ambas as acepções. Em resumo, tem-se que o modelo acusatório é uma condição inarredável, mas está longe de constituir garantia absoluta da formação de um sistema processual penal democrático.

Afinal, é já sabido e consabido que relegar a destinação das causas penais totalmente à sorte das partes está muito longe de qualquer ideal democrático de processo.

Desta forma, os princípios constitucionais mais elevados revelam-se em toda a procedimentalidade, e, compondo-se o processo penal das já aludidas garantias, não há de se entender comprometida sua índole democrática pela confiança ao julgador de poderes probatórios, sobretudo quando meramente subsidiários aos das partes. Daí o porquê de países tidos como democráticos, como os Estados Unidos e os tantos países europeus cujos sistemas foram acima analisados, consagrarem a seus juízes poderes de tal natureza, em maior ou menor escala, sem que sobre eles penda a sombra de Torquemada ou a *longa manus* de Hitler ou Mussolini, como argumenta Taruffo.⁹⁰

De igual forma, a atual legislação brasileira, ao menos neste ponto, não faz jus aos ataques que lhe são feitos por ter sua origem no Estado Novo,⁹¹ vez que sofreu inúmeras

⁸⁹ GRINOVER, 1982, p. 56.

⁹⁰ TARUFFO, 2006, p. 262.

⁹¹ Para ilustração, cf. Prado (2006, p. 140) e Ribeiro (2010, p. 152).

alterações no correr das décadas, inclusive no disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, que em recente alteração somente consagrou, uma vez mais, a iniciativa supletiva do juiz no campo da prova.⁹²

Sabidamente, a repressão ditatorial se dá antes na etapa policial, com a utilização de práticas abusivas na obtenção de provas, como a tortura, e mesmo na influência política sobre magistrados, cujas decisões, longe da independência de que deveriam gozar, fariam valer quaisquer prodígios sob medida, sem sequer carecer de grande respaldo probatório. Por evidente, neste caso também as *execuções* prescindem do regular trâmite judicial, ocorrendo na surdina, à revelia das balizas processuais. Com isso, não se aproxima da realidade a concepção de que uma ditadura necessite de maiores rigores formais que concedam poderes probatórios ao juiz para consagrar seus intentos – neste particular, a formalidade é desnecessária, cumprindo melhor seu papel enquanto retrato fictício da realidade.

Neste sentido, tem-se razoável a exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, em seu item VII, da autoria do Ministro Francisco Campos, que revela antes compromisso com ideais de justiça que com o governo ditatorial que marcou o período, estando afinada, ao menos neste ponto, às práticas contemporâneas do direito processual:

O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da *certeza legal*. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença. Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma *hierarquia* de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. (...) O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que *livre convencimento* não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz estará livre de *preconceitos legais* na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de *motivar* a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.

Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a *preclusões*. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*. (sem grifos no original)⁹³

Por todo o exposto, percebe-se que, embora cada elemento do procedimento possa ser tendencialmente democrático ou autoritário, deve ser analisado em conjunto a toda a procedimentalidade que o cerca. Com isso, de nada valem indícios democráticos como a

⁹² BRASIL, 2008.

⁹³ CAMPOS, 2008, p. 344-345.

ampla defesa, o contraditório e decisões devidamente fundamentadas, se não possuem os julgadores independência para exercer fielmente seu labor. Do mesmo modo, não se podem acusar tendências de autoritarismo na mera busca de provas pelo juiz, embora mesma faculdade houvesse em sistemas inquisitórios, desde que esteja cercada de elementos outros que limitem o poder de disposição do julgador.

Assim, pela própria análise do direito comparado, vê-se que não se está a reacender as fogueiras da inquisição pela mera concessão de poderes instrutórios ao juiz, tanto mais quando meramente supletivos ao das partes, mas antes facultando-lhe meio para melhor respaldar sua decisão, sempre dentro dos limites impostos pelo processo democrático.

5. A questão da verdade.

Sendo a prova um meio de se atingir o conhecimento de eventos pretéritos, tema de grande relevância na processualística é o que tange ao modelo de verdade a ser perquirido judicialmente. Trata-se, sobretudo, do rigor necessário à admissão do fato representado pela prova em sede judicial, orientando a elaboração e interpretação do ordenamento processual.

Com isso, já é clássica a divisão que se faz entre a verdade real ou material como aquela buscada no processo penal, enquanto no processo civil seria bastante a chamada verdade formal ou processual. Usualmente, a verdade real é tida como a verdade histórica, de interesse do juiz enquanto órgão do Estado, ao passo em que a verdade formal seria aquela submetida às presunções processuais, cuja prova ficaria totalmente a cargo da iniciativa das partes. Isto se deve ao fato de que, segundo Figueiredo Dias, as partes “saberão melhor do que ninguém cuidar dos seus próprios interesses, daí resultando a satisfação reflexa do interesse público”.⁹⁴

O atingimento de uma verdade real, todavia, tem sido cada vez mais relegado a mera utopia, não sendo possível ao homem, em sua parca instrumentalidade, “voltar atrás” ou “reconstruir a história”, nos termos de Carnelutti.⁹⁵ Como assevera o grande professor, alcançar-se a verdade, propriamente, é impossível ao homem, eis que ela “está no todo, e não na parte, e o todo é demais para nós”.⁹⁶

Daí a afirmação de Rogério Lauria Tucci, para quem, por fim, “por mais próxima da realidade que se apresente, a verdade atingida é uma *verdade processual*”,⁹⁷ motivo pelo qual houve quem afirmasse que o princípio norteador do processo penal não seria o da verdade real, mas o da *busca* pela verdade real, como se pudesse um mero enxerto linguístico diluir as agruras do tema. Como assevera Baptista, “A busca do inalcançável não será menos irreal (...) que o próprio inalcançável”.⁹⁸

A discussão passou a guiar-se, então, não tanto pela verdade em si, mas pelos estados de espírito relativos ao seu conhecimento, à guisa do desenvolvimento do sistema do livre convencimento do juiz. É de Malatesta a lição de que, em relação a um fato pretérito, somente poderá o juiz se encontrar em ignorância, dúvida ou certeza, de acordo com a probabilidade

⁹⁴ DIAS, 1984, p. 190.

⁹⁵ CARNELUTTI, 2009, p. 69.

⁹⁶ CARNELUTTI, 1998, p. 607.

⁹⁷ TUCCI, 1986, p. 144.

⁹⁸ BAPTISTA, 2001, p. 12.

que confere à ocorrência do evento em análise.⁹⁹ Este deslocamento do objeto da prova (da verdade em si para a certeza do julgador), deriva da estrita relação entre a própria verdade e sua reprodução no intelecto, ao exato passo em que “o Homem se reencontra e se olha a si mesmo, em tudo o que vê”.¹⁰⁰

Com isso, embora já se tenha ultrapassado a utopia do alcance à verdade real, tendo-se já demonstrado à exaustão a impropriedade do maniqueísmo que por muito dividiu o processo penal do processo civil – com base nos moldes verdade que perquirem –,¹⁰¹ não há negar, ainda assim, que o processo penal, por tutelar os bens mais relevantes da vida, preocupa-se evidentemente em aproximar-se o mais possível do que realmente ocorreu, curvando-se o menos possível a ficções processuais, o que se faz visando não à apreensão da verdade, propriamente, mas à formação, no julgador, de uma compreensão dos fatos “acima de qualquer dúvida razoável”.¹⁰² Em suma, não se busca à verdade, mas sua mais fiel reprodução no intelecto do julgado, sua certeza ou convencimento.

Com isso, ao empregarmos o termo no processo, temos por verdade uma sinédoque, ou seja, a apreensão do todo pela parte: não se trata então da *verdade*, superior e intangível, mas de ao menos uma fração dela, consistente na compreensão do julgador, com base tanto menos em ficções e tanto mais no âmbito de sua livre convicção.

Isto posto, vê-se que não se trata de uma diferença ontológica de verdades, mas de um inegável rigor mais acentuado em sua aproximação. Nem por isso, portanto, há de se rejeitar os clássicos conceitos de verdade formal e material, desde que bem se compreendam.

Logo se vê que daí deriva a abertura da colheita probatória ao juiz, no intento justamente de que não seja totalmente relegada à iniciativa das partes, cuja atuação é intrinsecamente parcial e, por isso, por vezes deficitária, seja por “inércia, astúcia” ou simples “descaso”,¹⁰³ fazendo ruir o interesse público que pende sobre o processo. Diz Fenech:

⁹⁹ MALATESTA, 1960, p. 19. No mesmo sentido a doutrina de Cernelutti (1998, p. 607): “Portanto, a minha estrada, que começou por atribuir ao processo a busca da verdade, deveria ter substituído a investigação da **verdade** pela da **certeza**.” Em seguida, o autor problematiza a questão, indicando que a certeza, derivada do latim *cernere*, significa escolher, ou seja, traz consigo o “reino da liberdade”.

¹⁰⁰ TEILHARD DE CHARDIN apud BAPTISTA, 2001, p. 33. Na mesma esteira o entendimento de Maier (1996, p. 841-842), que vê na verdade a “relación de concordancia entre el pensamiento y el objeto pensado (...), *la representación ideológica correcta de una realidad ontológica*”, e mesmo de Santo Tomás de Aquino, para quem a verdade seria a “adequação de nosso intelecto ao objeto conhecido” (cf. TUCCI, 1986, p. 143).

¹⁰¹ Barros (2002, p. 32-35) faz uma pertinente análise da aproximação, revelada nos procedimentos, da verdade perquirida no processo penal e no processo civil. Sobretudo, destaca-se a atual possibilidade, bem aceita pela doutrina, de o juiz no processo civil gozar de amplos poderes de iniciativa probatória, de acordo com o atual artigo 130 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011), bem como a ausência de revisão criminal para a decisão absolutória, a transação penal possibilitada nos Juizados Especiais etc.

¹⁰² Quanto ao desenvolvimento do princípio da presunção da inocência, entendido de forma mais íntima ao paradigma britânico de prova “beyond any reasonable doubt”, cf. Moro (2010, p. 142-147).

¹⁰³ ARANHA, 1999, p. 16.

Este principio de la verdad material exige no sólo que las partes no impidan el camino hacia la misma para que pueda el juzgador conseguirla y emplearla como base de la sentencia, sino que las normas que rigen el proceso estén de tal manera concebidas que pueda lograrse dentro del mismo la adquisición de la verdad.¹⁰⁴

A proximidade entre a busca pela verdade real e a investigação oficiosa é tão acentuada que, como sabido, doutrina da mais graduada usualmente as põe lado a lado enquanto princípios, como o fazem, por exemplo, os professores Figueiredo Dias¹⁰⁵ e René Dotti, este em passagens de inexorável transcrição:

O princípio da investigação constitui elemento integrante da estrutura basicamente acusatória do processo penal. (...) A sua característica essencial está na autonomia do juiz ou do tribunal para apurar os fatos, acima e além da vontade das partes. A investigação constitui fenômeno relativo ao impulso do procedimento e também à descoberta dos fatos. Daí a designação paralela de princípio da verdade material.¹⁰⁶

O princípio da investigação - que é indissociável do interesse pela verdade material - pode (deve) ser exercido no processo criminal pelos seus diversos órgãos e participantes: Polícia Judiciária, Ministério Público, indiciado (acusado), Juiz, perito, etc.¹⁰⁷

Ora, se “Cada um de nós apenas chega a descobrir uma parte da verdade”, vez que esta “se fragmenta nas razões, como a luz nas cores”,¹⁰⁸ nada mais sensato que a distribuição da iniciativa probatória seja tão ampla quanto possível a todos os atores do processo, tanto mais no que se refere ao julgador, destinatário final das provas, em quem se deverá formar o convencimento que transitará em julgado – peso demasiado para que se sustente de mãos atadas.

A mais ótima aproximação dos fatos ocorridos no passado, portanto, não pode ficar à mercê das partes, e tão menos ser prejudicada pela argumentação filosófica de que a verdade não há ou é inalcançável. Como bem assevera o próprio Ferrajoli, que refuta a busca pela verdade real, “Se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”.¹⁰⁹

De fato, não há como se falar em processo, e tanto menos em justiça, sem que se creia antes na verdade, bem como não há como tratar das questões dos homens, que por trás das cortinas processuais sofrem, com a mesma abstração que marca os debates acerca da

¹⁰⁴ FENECH apud TUCCI, 1986, p. 146.

¹⁰⁵ DIAS, 1984, p. 190.

¹⁰⁶ DOTTI, 1997, p. 270.

¹⁰⁷ DOTTI, 2004.

¹⁰⁸ CARNELUTTI, 2006, p. 97.

¹⁰⁹ FERRAJOLI, 2010, p. 48.

existência ou tangibilidade do real – mesmo porque de nada vale crer na certeza de um julgador sem que se creia antes na verdade. Em suma, louvável é que se discuta a verdade abstratamente, sem, contudo, que as mais variadas conclusões a que se possa chegar influenciem no andamento do processo, porque este trata de um mundo físico, não podendo quedar-se inútil por ocasião de digressões que são, no mais das vezes, estéreis.

Isto posto, vê-se que o chamado princípio da verdade material, ora entendido como este maior rigor na revelação dos fatos pretéritos, visando unicamente a uma mais sólida convicção do julgador, resta ainda bem posicionado no processo penal – desde que acompanhado dos demais princípios inerentes ao processo democrático, como sobretudo o contraditório real, ou seja, participação efetiva de ambas as partes.¹¹⁰

Deste entendimento se aproxima Figueiredo Dias, que não vê na verdade material uma verdade “absoluta” ou “ontológica”, mas antes uma “verdade *judicial, prática* e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas *processualmente válida*”, sendo critério da própria verdade material a legalidade dos meios de prova.¹¹¹ No mesmo sentido, cumpre nota à irretocável lição de Julio Maier:

En conclusión, *verdad real* y *verdad formal* no son significados que apunten a conceptos diferentes de lo que se entiende por verdad. Se puede decir que la diferencia estriba más en las formas con las que los diferentes procedimientos judiciales atacan la investigación de la verdad o en los condicionamientos formales para fijar el objeto de la averigación y para incorporar el material necesario a fin de conocer la verdad histórica, que en el núcleo significativo del concepto. El Derecho procesal penal – y de allí su especificidad por vía de principio-*objetiviza* más la averiguación de la verdad que otras regulaciones jurídico-procesales, por la transcendencia que en él tiene el interés público (estatal), el cual desplaza al interés privado por la averiguación de la verdad.¹¹²

Como ensina o grande professor argentino, a diferenciação usualmente estabelecida não está na verdade, mas na forma com que, no processo penal, se *objetiviza* mais à sua averiguação.

Com isso, esta busca mais rigorosa da verdade, desde que sempre alerta ao *status dignitatis* do processado, tem ainda crucial importância no processo penal, possibilitando não apenas a participação das partes, mas o auto-amparo do juiz na colheita de provas, visando a uma compreensão mais firme do feito em análise.

Ora, se terá o juiz que suportar o peso de julgar, é de todo benéfico que o faça bem amparado, mesmo porque a decisão pelo *non liquet*, embora extremamente desejável quando

¹¹⁰ TUCCI, 1986, p. 152.

¹¹¹ DIAS, 1984, p. 194.

¹¹² MAIER, 1996, p. 851.

prova não há, e nem indício dela, “é uma solução cômoda para o juiz, porque o libera do peso da sua tarefa, mas nociva para a justiça, a qual deve dirigir-se com um sim ou com um não”,¹¹³ sob o risco de permanecer o imputado para sempre um imputado, sem pena nem libertação.

¹¹³ CARNELUTTI, 1998, p. 608.

6. A questão da imparcialidade.

A possível oscilação da imparcialidade do juiz é a crítica mais repetida, e também a mais razoável, que se faz à sua iniciativa instrutória. Não é para menos, já que a investida do julgador por tais veredas muito se carrega de ares inquisitivos.

Primeiramente, insta distinguir neutralidade de imparcialidade. Atualmente, já está superada a visão do juiz enquanto ser desprovido de emoções humanas, *bouche de la loi*, capaz de julgar em total alheamento a fatores externos ao mundo dos autos. Leciona Nilo Bairros de Brum:

A neutralidade do juiz é um mito concebido pelo direito romano e fortalecido pela Escola Exegética Francesa por motivos históricos hoje bem conhecidos, pois o juiz em sendo homem está mergulhado na formação social em que vive como produto culturalmente condicionado pelo seu meio social. Na sua sentença influirão sua formação jurídica, suas crenças políticas e religiosas, seu caráter e temperamento, sua condição econômica e os interesses dos grupos sociais com os quais se identifica.¹¹⁴

O juiz, portanto, não é neutro, e sequer deveria ser. Imparcialidade, por outro lado, “significa ausência de interesse em uma ou outra solução que não seja a mais justa, está relacionada diretamente com a independência e a soberania do órgão de Poder, que deve guardar compromisso apenas com sua consciência”.¹¹⁵ Ser imparcial significa julgar de forma equidistante às partes, sem interesses pessoais e sem o favoritismo típico do torcedor.

O direito a julgamento por juiz imparcial, além de ser uma imposição do bom senso, no atual contexto, tem previsão expressa em diversos diplomas de direito internacional, como, por exemplo, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 (art. 14.1),¹¹⁶ bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada pela Organização dos Estados Americanos em 1969 (art. 8.1).¹¹⁷

É em favor desta imprescindível qualidade que se levanta parcela da doutrina contra a atividade probatória do juiz. Segundo o professor Jacinto Coutinho, embora a maioria dos juízes se pretenda racionalmente imparcial, ou seja, no plano da consciência, subconscientemente haveria um dano à imparcialidade pela incursão no campo probatório, ocasião em que os julgadores poderiam “decidir antes e, depois, buscar, quiçá

¹¹⁴ BRUM, 1980, p. 9.

¹¹⁵ RIBEIRO, 2010, p. 149.

¹¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992.

¹¹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1992.

obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão”, encetando o que Cordero chamou de “*primato dell’ipotesi sui fatti*”.¹¹⁸

A complexidade do estudo se encontra, portanto, justamente em analisar se, e até que ponto, a iniciativa probatória de ofício é capaz de tornar parcial o juiz imparcial. Neste contexto, há de se indagar o que corrompe a imparcialidade.

Sem dúvida, a persecução penal em si finda por abalar os ânimos mais frágeis, pois é voltada exclusivamente à condenação, ou seja, é uma atividade que se pode qualificar como “parcial”. Por isso, faz-se mister garantir que a propulsão da ação penal caiba a pessoa distinta do julgador.

A produção probatória, todavia, nada tem a ver com condenar ou absolver, mas simplesmente com a aproximação da verdade, atrelando-se, por isso, à formação do convencimento. Isto se deve ao fato de que o conteúdo da prova é sempre desconhecido até que ela seja colhida.

A prova, após colhida, pode tanto favorecer o acusado como prejudicá-lo. Uma testemunha poderá sempre não corresponder às expectativas. A quebra de sigilo bancário ou fiscal do acusado, muitas vezes, somente comprovará a idoneidade de suas afirmações – ou, de outra banda, servirá como prova cabal da acusação. O que importa é que no mais dos casos a prova representará um maior aclaramento dos fatos, seja a favor da defesa ou da acusação.

Gustavo Ribeiro argumenta que, “Se o sistema já consagra o benefício da dúvida ao acusado, qualquer intromissão judicial no tocante à busca por provas certamente ocorrerá pela procura de elementos de convicção capazes de justificar uma condenação; quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar. Isso revela uma eleição prévia da hipótese acusatória”.¹¹⁹

Primeiramente, vê-se que a mais útil compreensão do “benefício da dúvida” – em relação ao objetivo de um bom julgamento – deve se ater àquela dúvida que resta após esclarecidos os fatos da melhor maneira possível. Como indica Ferrajoli, “*se o dilema não é resolúvel*, prevalece a hipótese mais favorável ao acusado” (grifamos).¹²⁰ Daí que, nos casos em que não há prova, e nem indício dela, optar-se-á pelo “mal menor”, nos termos de Canelutti, absolvendo-se um “culpável”,¹²¹ cá entendido como um possível ou mesmo provável culpado. Ou seja, o benefício da dúvida restará garantido ao acusado, mas em

¹¹⁸ COUTINHO, 2001, p. 13 e 25.

¹¹⁹ RIBEIRO, 2010, p. 150.

¹²⁰ FERRAJOLI, 2010, p. 56.

¹²¹ CARNELUTTI, 2006, p. 76.

hipótese alguma deve ser aplicado cegamente, mesmo quando uma evidente possibilidade de prova resta ao alcance do juiz,¹²² o que deriva do já tratado princípio da verdade material.

Ademais, alegar-se que “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar” é cair num desmesurado conformismo ante à já instaurada parcialidade judicial, que existirá à revelia dos poderes instrutórios do julgador, ou seja, mesmo antes que vá atrás de novos elementos de convicção. Ora, se o juiz vai atrás da prova já com sua imparcialidade abalada, pouco importa o que virá após! Neste caso, o juiz desequilibrado bem poderia condenar com base justamente naquilo que deveria instituir sua dúvida. Afinal,

a questão continua sendo a plena possibilidade de manipulação da lei pelos operadores do direito, contra a qual todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram, a começar (...) pelo princípio do livre convencimento: basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser.¹²³

Quando já é desequilibrado ou mesmo mal-intencionado o juiz, sequer precisará procurar por mais provas. Como escreveu Saramago, “*de que adiantaria falar de motivos, às vezes basta um só, outras vezes nem juntando todos*”.¹²⁴

Evidentemente, ao longo da evolução do processo penal pela história, desenvolveram-se mecanismos que mitigam a possibilidade de atuar o juiz de maneira arbitrária, o que é absolutamente incompatível à lógica do sistema (veja-se, v. g., o disposto no inciso IX do artigo 93 de nossa Constituição).¹²⁵ Neste sentido, Ada Grinover leciona que, para manter a imparcialidade do julgador, a melhor maneira não é alijá-lo de seus poderes probatórios, mas garantir o contraditório pleno, a legitimidade e licitude das provas e a necessária motivação das decisões.¹²⁶ Neste sentido também as lições do Prof. José Roberto dos Santos Bedaque, que se aprofundou como poucos no tema.¹²⁷

A bem da verdade, todo o procedimento já é voltado ao evitar de abusos, o que é ínsito à própria noção de burocracia. Exemplo máximo disso é a interminável gama de recursos à disposição do acusado, tanto mais abundantes que aqueles de que poderá dispor a acusação. Fabiano Silveira, componente da comissão responsável pelo anteprojeto do Código de

¹²² Neste sentido o entendimento de Artur César de Souza (2008, p. 116).

¹²³ COUTINHO, 2001, p. 6.

¹²⁴ SARAMAGO, 1988, p. 138-139.

¹²⁵ “Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” BRASIL, 2010.

¹²⁶ GRINOVER, 2005, p. 20.

¹²⁷ BEDAQUE, 1994, p. 108-110.

Processo Penal (PLS 156/2009),¹²⁸ trata analítica e precisamente dos mecanismos de proteção da imparcialidade:

Observe-se que a maioria deles possui enfoque preventivo, como, por exemplo, as regras de impedimento e de suspeição aplicáveis a todos os magistrados, bem como as relativas ao desaforamento do julgamento do tribunal do júri para outra comarca e à incomunicabilidade dos jurados (arts. 252 a 254, 427, 448, 449, e 446, §1º, do atual CPP). Também com viés preventivo, encontram-se numerosas regras de fixação prévia de competência, em prestígio do princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII, da CR). Outras, no entanto, surgem *a posteriori*, como resulta do princípio do duplo grau de jurisdição, segunda chance para a realização ou para a confirmação da justiça sob os cânones do equilíbrio e da imparcialidade, que sairiam extremamente fragilizados se dependessem de uma única instância de julgamento. Outras assumem verdadeiro caráter de sanção, seja processual, a exemplo das nulidades, seja disciplinar, conforme o poder correicional dos tribunais. Outras, enfim, permitem o autoafastamento por motivo de foro íntimo, sem que sejam cobradas do magistrado ulteriores explicações.¹²⁹

E ainda assim se mostra impossível uma infalível proteção contra abusos. Trata-se de um problema sem solução. Resta ao juiz, aquele que é “o direito feito homem”,¹³⁰ um dever ético e uma rigorosa postura autocrítica. Afinal, o próprio desenvolvimento do sistema de livre convencimento consiste, em certa medida, numa carta de confiança ao imprescindível órgão – daí a abolição do sistema de provas tarifadas, do qual restam poucos vestígios em nosso processo.

A imparcialidade, como demonstra Julio Maier, é ínsita à própria noção de juiz.¹³¹ Com isso, observando-se que o adentramento do julgador no campo probatório se deu para além dos limites de sua isenção, caberá à instância superior uma nova análise do feito, o que, por certo, deve ser medida excepcional, atendendo sempre à razoabilidade. Para isso, é completamente dispensável que tenha havido busca por provas, pois se trata de questão absolutamente distinta, ao passo que “o compromisso do juiz com a imparcialidade pode ser medido tanto pelo conteúdo intrínseco de suas decisões na cena processual, como também pelo modo de se comportar aos olhos de todos”.^{132 133}

¹²⁸ SARNEY, 2009.

¹²⁹ SILVEIRA, 2011, p. 259.

¹³⁰ CALAMANDREI, 2000, p. 11.

¹³¹ MAIER, 1996, p. 739.

¹³² SILVEIRA, 2011, p. 259.

¹³³ Daí a distinção que se faz entre imparcialidade objetiva e subjetiva. No julgamento do caso Piersack vs. Bélgica, assim entendeu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em 1982: “Se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de pré-juízos ou parcialidades, sua existência pode ser apreciada (...) de diversas maneiras. Pode se distinguir entre *um aspecto subjetivo*, que trata de verificar a convicção de um juiz determinado em um caso concreto, e *um aspecto objetivo*, que se refere a se este oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável ao respeito”. (TEDH apud BADARÓ, 2011, p. 346)

De outra banda, ao juiz mal-intencionado ou desequilibrado restará o revés da Administração, que, se bem andar, dar-lhe-á resposta condizente à sua má atuação.

Ademais, o juiz quando busca por provas demonstra, no mais das vezes, incerteza, ao mesmo passo em que pretende respaldar o julgamento vindouro, que não apenas não está previamente eleito, mas justamente em formação. Aí reside a diferença entre a prova do juiz e a prova das partes: aquela unicamente deve se destinar à elucidação dos fatos, enquanto esta visa geralmente à comprovação de uma versão – o que muitas vezes implica não em esclarecer, mas em tornar obscuro.

A diferença entre o juiz desequilibrado e o juiz normal, portanto, residirá não em sua mera determinação de novas provas, mas nos objetivos destas (preexistentes, e não determinados por tal atuação), ficando evidente então a distinção entre a colheita isolada de material probatório (que não é necessariamente uma atividade “parcial”) e o desenvolvimento de uma estratégia de investigação (que diz respeito à satisfação de uma vontade, comprovando uma versão – nem sempre verdadeira –, e é, portanto, uma atividade “parcial”).

Quanto à hipótese de risco à imparcialidade pela iniciativa do julgador no campo da prova, Michele Taruffo argumenta apaixonadamente. Para o professor italiano, seria o caso de considerar loucos todos os legisladores europeus que, ao longo da história, conferiram tais poderes aos juízes, enquanto se estaria pondo em risco sua imparcialidade. Conforme argumenta, não havendo provas críveis desta loucura coletiva, a experiência deveria ser bastante para tornar sem fundamento este temor, pelo qual o juiz se tornaria parcial e incapaz de valorar as provas simplesmente porque exerceu um papel ativo.¹³⁴

Só quando se cogita um juiz incapaz e psiquicamente débil se pode temer que perca sua própria imparcialidade no momento em que decide sobre a oportunidade de que uma prova ulterior seja adquirida, ou que não seja capaz de valorar uma prova de modo equilibrado porque teria sido por ele adquirida. Um juiz “normal” está em capacidade de estabelecer se um depoimento, por ele considerado útil, é crível ou não, da mesma maneira com a qual valora a credibilidade de um depoimento oferecido por uma parte: sustentar a hipótese de que o juiz considera confiável um depoimento que não o é, somente porque dele se dispôs de ofício, pressupõe que aquele juiz seja considerado “não normal”.¹³⁵

¹³⁴ TARUFFO, 2006, p. 264-265.

¹³⁵ “Solo se si pensa ad un giudice incapace e psichicamente debole si può temere che egli perda la propria imparzialità nel momento in cui decide sull'opportunità che una prova ulteriore venga acquisita, o che non sia in grado di valutare una prova in modo equilibrato solo perché è stato lui a disporla. Un giudice ‘normale’ è in grado di stabilire se un teste da lui chiamato a deporre è credibile o non è credibile, alla stessa maniera in cui valuta la credibilità di un teste dedotto da una parte: ipotizzare che il giudice ritenga attendibile un teste che non lo è, solo perché ne ha disposto d'ufficio l'audizione presuppone che quel giudice venga considerato ‘non normale’.” (TARUFFO, 2006, p. 264-265)

Por evidente, é de se levar em consideração que qualquer exagero deve ser sempre evitado. Hoje se tem pacífico que a atividade probatória é sobretudo um encargo das partes, cabendo ao juiz unicamente uma atividade subsidiária neste campo, o que significa uma guinada ao melhor perfazimento do modelo acusatório, tanto apreciado.

A atividade do juiz deve ser *complementar* àquela desenvolvida pelas partes, pois o desenvolvimento de uma estratégia de investigação, isso sim, é ínsito à atividade da parte. O juiz não tem por fim comprovar uma versão, mas aclarar os fatos.

Daí a distinção realizada por Marcos Zilli, que diferencia as atividades de investigação e instrução, sendo aquela atrelada à formulação de uma acusação, ao passo que a mera instrução estaria limitada a uma acusação já ofertada. “Desse modo, a complementação probatória realizada na instrução representa um degrau natural ao exercício do poder jurisdicional, qual seja, o acerto fático e, por consequência, a apuração da veracidade ou não da imputação.”¹³⁶

Nesta mesma seara, Juan Montero Aroca diferencia a atuação judicial pela busca de fatos e a atuação judicial no sentido de meramente comprovar os fatos postos na acusação:

En efecto, una cosa es que el juez pueda determinar el contenido fáctico de la acusación, introduciendo hechos que se imputen al acusado, lo que sólo afectaría a su imparcialidad, y otra cosa muy distinta es que, siempre respecto de los hechos acotados por los acusadores, pueda colaborar para determinar la existencia o inexistencia de los mismos.¹³⁷

A busca *compulsiva* de provas pelo juiz configura clara mostra de sua parcialidade, algo para além da mera verificação da verdade. Isto deve ser cabalmente evitado. Como bem expôs Fabiano Silveira, em brilhante palestra, cabe ao juiz não o papel da rainha no jogo de xadrez, que é espaçosa e avança a passos largos. Cabe ao juiz antes a posição de rei, cuja postura é eminentemente defensiva, anda a passos curtos, embora não seja imóvel, e é, por excelência, a figura decisiva do jogo.¹³⁸ Neste sentido a lição de Marco de Barros:

Logo se vê que no campo probatório o juiz pode exercer uma atividade paralela destinada a complementar a reconstituição histórica dos fatos, mas não lhe cabe fazer tudo sozinho, isto é, provar o que alega a acusação ou o que é contestado pela defesa. (...) o interesse do juiz não está atrelado à vontade das partes, mas à produção do Direito. Tanto pode o juiz determinar *ex officio* uma diligência que venha confirmar de vez a responsabilidade criminal atribuída ao acusado quanto

¹³⁶ ZILLI, 2010, p. 19.

¹³⁷ AROCA, 1998, p. 543.

¹³⁸ Palestra proferida por Fabiano Martins Silveira no I Congresso Internacional de Ciências Criminais: estudos em homenagem ao professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba, 7 mai. 2011.

ordenar providências que sejam aptas a estabelecer a paridade de armas entre os órgãos de acusação e defesa, procurando equilibrar as forças no processo para preservação das garantias fundamentais que favorecerem o acusado. **Em nenhum caso, entretanto, o juiz assume o papel de acusador, defensor ou de mero coadjuvante das partes.** (sem grifos no original) ¹³⁹

Ou seja, é pacífico que o juiz, mesmo quando lhe é facultada a iniciativa instrutória, deve sempre manter sua independência e imparcialidade, sem se imiscuir na atuação que é própria das partes, ou seja, sem buscar confirmar esta ou aquela tese, mas simplesmente formar uma melhor convicção acerca do ocorrido, embasando uma decisão mais justa.

É de se anotar, por outro lado, que não apenas pecará o juiz quando não for independente, mas também quando for *excessivamente independente*, caracterizando não apenas seu regular distanciamento e desinteresse, mas sua *indiferença* em relação aos interesses em jogo,¹⁴⁰ à semelhança do “convidado de pedra” a que alude Magalhães Noronha, “que a tudo assiste imóvel e inerte”.¹⁴¹

O juiz indiferente se exime da responsabilidade pela condução ou resultado do processo. Ele não interfere no feito, escuta sem comentários às provas e argumentos (...) e aplica a lei como um escravo. O juiz indiferente confia a justiça do processo a precedentes, regras de procedimento e ao júri. Sua exaltada independência o permite ignorar todas as diferenças entre as partes, até mesmo ao ponto em que, na ação criminal entre o forte e o fraco, o abonado e o desamparado (...) ou um sem nada a perder e outro com a vida por um fio, ouve-os como se iguais fossem, merecendo conduzir seus papeis como bem entenderem, sem sua interferência ou assistência.¹⁴²

A independência de que deve se revestir o juiz, portanto, deve ser algo entre a indiferença e a parcialidade, deve ser uma “qualidade ativa”, requerendo sua atuação sempre que necessário, seja para garantir que se sobressaia a verdade ou para que se perfaça a retidão e equidade dos procedimentos.¹⁴³

¹³⁹ BARROS, 2002, p. 133-134.

¹⁴⁰ Neste sentido, Cairns (1998, p. 111).

¹⁴¹ NORONHA, 1969, p. 98.

¹⁴² “The remote judge evades responsibility for the conduct or outcome of proceedings. He does not interfere in the trial (...) and applies the law with a slavish legalism. The remote judge entrusts the justice of the proceedings to precedentes, procedure and the jury. His exalted indepenence enables him to ignore all the differences between the parties, so that even a criminal prosecution between the powerful and the weak, the resourceful and the helpless (...) or one with nothing at stake and one whose life hangs by a thread, is heard by him as if between equal parties, who must be allowed to conduct their cases as they think fit, without interference or assistance from him.” (CAIRNS, 1998, p. 111).

¹⁴³ “Imparcialidade é uma qualidade ativa, requerendo do juiz uma constante atenção à necessidade de sua intervenção no feito, intervindo quando demandar a ocasião (...) para garantir que a verdade apareça, como sugeriu Benthon, ou para assegurar a correteude dos procedimentos.” Como segue: “Imparciality is an active quality, requiring the judge to contemplate constantly the need for his intervention in the trial, and to intervene when the occasion requires (...) to ensure that the truth appears, as Bentham suggested, or to ensure the fairness of the proceedings” (CAIRNS, 1998, p. 111-112).

Daí que a virtude do juiz bem poderá ser vista como aquela que “faz igual o desigual”, como já havia escrito Francis Bacon, em seu ensaio sobre a judicatura. O juiz deve, pois, cuidar para “plantar seu julgamento em um terreno plano”.¹⁴⁴

Por todo o exposto, vê-se não haver razão para temer que a mera incursão do juiz no campo probatório possa abalar sua imparcialidade, mesmo porque, se assim o fosse, diversas outras ocasiões findariam de igual maneira, como, por exemplo, quando o juiz recebe a denúncia, quando determina o sigilo do feito, quando decide acerca de diligências ou medidas cautelares, quando decide pela necessidade da oitiva de testemunhas ou quando, simplesmente, lhes realiza perguntas.

Em todas estas ocasiões se exige a assunção de uma postura pelo juiz, o que muitas vezes faria transparecer, querendo ou não, as expectativas que possui quanto aos possíveis encaminhamentos do feito. Todavia, ter expectativas não é, nem de longe, censurável, e ocorrerá sempre, pela própria condição humana do julgador. No processo penal de hoje, somente se recebe a denúncia se houver justa causa – ou seja, se não houver uma expectativa razoável de que o imputado é, de fato, culpado, sequer será instaurado o feito, e isto se dá sem qualquer ofensa à presunção de inocência, pois esta, mesmo quando questionada, permanece hígida.

Ademais, é evidente que o juiz forma seu convencimento não apenas no momento da decisão, mas ao longo de todo o processo. E nem por isso seria admissível dizer que, por isso, o juiz elegeu uma hipótese previamente à decisão.

Há de se diferenciar, neste caso, meras expectativas de parcialidade: aquelas poderão ou não se confirmar ao longo do feito, enquanto esta se caracteriza pela prévia e indevida certeza do julgador em relação ao julgamento vindouro, seja por seu desequilíbrio ou má-intenção, qualidades reveladas objetivamente, mas jamais presumíveis por sua mera participação ativa e complementar no processo.

No mais dos casos, portanto, referida atuação judicial apenas demonstrará o comprometimento do julgador com um julgamento justo, e portanto não deve ser repelida, mas até mesmo incentivada, quando requerer a situação, sempre de forma complementar e comedida, quando faltar aquele elemento de prova que “uma das partes não quis, não soube ou não pôde aproveitar”.¹⁴⁵

¹⁴⁴ BACON, 2010, p. 90.

¹⁴⁵ ARANHA, 1999, p. 16.

7. A iniciativa instrutória do juiz e a concepção publicista do processo penal democrático.

Resta analisar a finalidade precípua da iniciativa instrutória do juiz, que reside no atendimento ao interesse público que pende sobre o processo penal. Trata-se da preocupação sempre presente de fazer do processo um instrumento útil, eficaz, pois, sabidamente, não é um fim em si mesmo, mas um meio à consecução de objetivos maiores. Esta eficácia, é bom lembrar, não deverá jamais ser perseguida a todo o custo, mas de forma racional, atentando sempre aos direitos do imputado.¹⁴⁶

A ideia do Direito Penal como *ultima ratio* é por demais valiosa, mas há de ser bem compreendida, ou seja, deve se circunscrever à orientação do órgão legiferante e do interpretador no que tange à gravidade das condutas a serem censuradas. Por isso, referida ideia não deve ser escusa à inutilização do processo, ligando-se mais ao direito substantivo que ao adjetivo.

Ora, se por um lado o Direito Penal somente tutela os bens mais relevantes da vida, tem-se aí tanto mais um motivo para que o Processo Penal seja o mais efetivo possível, para que dele não se extraia, na maior medida, nem a impunidade e tão menos a condenação de inocentes.

Trata-se, então, de possibilitar a dupla finalidade preventiva do Direito Penal, como indica Ferrajoli, ou seja, evitando tanto os delitos quanto as penas arbitrárias, ao passo que ambas as finalidades “legitimam, conjuntamente, a ‘necessidade política’ do direito penal enquanto instrumento de *tutela dos direitos fundamentais*, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto *bens* que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições”.¹⁴⁷

É evidente que, na dúvida, entre condenar um inocente e absolver um culpado, dever-se-á optar sempre pela segunda alternativa, que representa a maior liberdade em face do poder do Estado. Trata-se de uma decorrência lógica da presunção da inocência.

Novamente, todavia, trata-se de ideias que em nada se confundem com a eficiência dos procedimentos. Ainda que se reconheça que o processo deva ser composto por inúmeros

¹⁴⁶ Como bem indica Fabiano Silveira (2011, p. 251-252), “investigação eficiente significa chegar, com a rapidez desejada, ao resultado mais consistente do ponto de vista da elucidação dos fatos e da menor restrição possível à esfera de direitos do investigado”.

¹⁴⁷ FERRAJOLI, 2010, p. 312-323.

freios ao ímpeto condenatório despertado pela acusação, ainda assim se deve visar à sua melhor aplicação.

Há, evidentemente, um forte interesse público sobre o processo penal. Daí que o seu objetivo será sempre a melhor decisão, ou seja, aquela que pune o culpado ou absolve o inocente. Todavia, como a instrução probatória não será sempre satisfatória, deve-se contentar com um desvio da média para uma menor punição dos culpados, em prol da maior liberdade dos inocentes, sem que, todavia, descambe o processo a uma formalidade inútil, chancela da impunidade.

Nesta seara, logo se vê que tanto mais atendido será o interesse público quanto mais se aproxime da verdade, hoje tão repudiada. Falar em verdade material, no cenário doutrinário de hoje, tem-se constituído quase numa heresia. Daí a imensa lucidez novamente externada pelo grande professor René Dotti:

A procura da verdade material constitui um poder-dever do Estado, pois a boa administração da Justiça é um dos objetivos fundamentais da República no plano do desenvolvimento da sociedade que deve ser, ela mesma, livre, justa e solidária (Constituição, art. 3º, I). Esse ônus da investigação é inerente à atividade judicial em sistema como o nosso que não admite o chamado processo de partes, no qual o juiz permanece inerte quanto à iniciativa da prova.¹⁴⁸

Deste entendimento comunga Eugenio Florian, ao analisar que a busca pela verdade material constitui o escopo específico do processo, pois o “alto interesse público, que inspira e move o processo penal, coloca uma exigência, à qual o mesmo deve prover o mais eficientemente possível: a realidade dos acontecimentos (...) deve aparecer inteira, genuína, sem manipulações, nem restrições”.¹⁴⁹

A inexistência da verdade, ou sua redução a uma mera consequência de atos do processo, somente poderá aproveitar a uma das partes. Fazê-la inexistir é, portanto, muito mais simples e menos danoso à parte cuja razão é falha. Por outro lado, somente com a melhor aproximação da verdade (nos termos do capítulo 5) se permitem as mais justas condenações e absolvições, uma vez que, como bem constata Cernelutti, “Quando o juiz absolve por ausência de provas, não resolve nada”.¹⁵⁰

Enquanto a doutrina processual penal, ocupada com o ataque da verdade, titubeia acerca do benefício da atividade instrutória do juiz, no processo civil se tem aceitado amplamente a possibilidade, sem tanta resistência. Como afirmam Arenhart e Marinoni, “se o

¹⁴⁸ DOTTI, 1997, p. 270.

¹⁴⁹ FLORIAN apud SOUZA NETTO, 2003, p. 141.

¹⁵⁰ CERNELUTTI, 2008, p. 69.

processo existe para o exercício da jurisdição, e se a jurisdição tem escopos que não se resumem apenas à solução do conflito das partes, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que bem possa cumprir sua tarefa”.¹⁵¹

Isto no processo civil, cuja estrutura se erigiu historicamente como um instrumento de resolução de litígios privados, por meio do exercício da jurisdição estatal. É pacífico, todavia, que o processo penal desde sempre esteve imbuído de carga muito mais publicista, ou seja, trata de questões que mais diretamente se ligam ao interesse público, ao passo que este, no processo civil, usualmente se relega à vontade das partes, que estando acordes satisfazem-no reflexamente.¹⁵² Daí a indisponibilidade da ação penal pública, em face da disponibilidade da ação privada, bem como a necessidade de um órgão público para a sua promoção, cuja atividade pouco ou nada diz respeito à vontade da vítima. Assim indica Marcos Bastos:

Tendo em vista a natureza indisponível das pretensões postas em jogo na ação penal de cunho condenatório (direito de punir do Estado versus direito de liberdade do acusado), é de todo conveniente municiar o juiz de todos os elementos idôneos ao esclarecimento dos fatos. Nesse sentido, a norma observada no processo civil, no qual em regra os direitos em choque são de cunho patrimonial (disponíveis), há de ser aplicada com muito maior razão no processo criminal. Consulta ao interesse público o alcance, sempre que possível e sem o sacrifício da impessoalidade da jurisdição, do cabal esclarecimento dos fatos tidos por ilícitos.¹⁵³

E veja-se que, a bem da verdade, “em todo processo existe um interesse público, independentemente do seu conteúdo”.¹⁵⁴ O descompasso ilustrado entre as doutrinas processuais civil e penal deu ensejo, com razão, ao vislumbre de uma “dupla personalidade” do processualista, que de um lado defende a maior atuação do julgador civil na produção probatória, e de outro sustenta o total afastamento do juiz penal de referida atuação, como se fossem coisas distintas, o que põe o processualista em condição muito próxima à esquizofrenia, conforme indica La Oliva Santos.¹⁵⁵

Destarte, se está em jogo o interesse público, não se deve relegar a produção probatória totalmente à sorte das partes. O papel ativo do juiz, assim, é uma peça a mais em favor da descoberta da verdade material, representando o interesse público no processo que, artificialmente, seria composto de um mero duelo.

Há de se atentar, ainda, que a prova do juiz não carrega a mesma marca de parcialidade ínsita à prova das partes. A prova das partes é, desde sua formação, maculada por

¹⁵¹ ARENHART; MARINONI, 2001, p. 301.

¹⁵² DIAS, 1984, p. 190.

¹⁵³ BASTOS, 2010, p. 96.

¹⁵⁴ BEDAQUE, 1994, p. 109.

¹⁵⁵ SANTOS apud SOUZA, 2008, p. 101-102.

um rigoroso exame de conveniência, enquanto a prova do juiz deve objetivar unicamente à elucidação dos fatos, buscando formar sua certeza, e não comprovar uma versão. É por isso que um Ministério Público “adestrado e bem constituído” em nada influencia a necessidade da atuação instrutória do julgador, que nada tem a ver com a atividade acusatória. Isto porque a prova do juiz, sempre complementar, jamais poderia caracterizar o *parquet* como a “quinta roda do carro”, na analogia do mestre Frederico Marques, na medida em que se trata de figura totalmente distinta.¹⁵⁶

O Ministério Público é parcial, porque é parte, cabendo-lhe atuar no sentido da condenação, a menos que esta se mostre de plano indevida. Sua necessidade se circunscreve, portanto, justamente à sua parcialidade, pois é dela, somada à do defensor, que resultará o equilíbrio da justiça, e daí também o interesse público na sua atividade: “Assim, no processo penal, em que o interesse da parte teria se contentado com um só advogado, o Estado sentiu a necessidade de colocar dois, por uma questão de interesse público – para contrapor à natural parcialidade do defensor uma espécie de parcialidade artificial, destinada a alimentar desinteressadamente a polêmica, de que o juiz necessita para sentir-se acima daquela.”¹⁵⁷

Cabe ao Ministério Público, isto sim, a elaboração de uma estratégia de acusação, a colheita do material probatório necessário à comprovação da materialidade e autoria, a propulsão e o constante impulso da ação penal. Por mais que se pudesse defender a necessidade deste órgão de colher provas que também beneficiem a parte adversa, é bem verdade que se estaria, então, a confrontar sua já instigada parcialidade. Com isso, tal como a atividade exercida pela defesa, a prova da acusação é também contaminada, no mais das vezes, pelo mesmo exame de conveniência, o que a torna falha, novamente expondo a necessidade da prova judicial. Nas clássicas lições de Piero Calamandrei:

Afortunada coincidência é aquela que se verifica quando entre os dois litigantes, o mais justo é também o mais hábil. Porém, quando em certos casos (e queremos acreditar que em raros casos) esta coincidência não ocorre, pode suceder que o processo, de instrumento de justiça feito para dar razão ao mais justo, transforme-se num instrumento de habilidade técnica, feito para dar a vitória ao mais astuto. É verdade que as leis processuais são ditadas no interesse público da justiça: o escopo supremo que o Estado idealmente põe como meta a todo litigante e em geral a todas as pessoas que uma vez ou outra participam do processo ou colaboram com ele, é a observância do direito, o triunfo da verdade, a vitória da razão. Entretanto em concreto, se é possível esperar que na maior parte dos casos este escopo seja efetivamente atingido, isto ocorre não porque todos os personagens que tomam parte no processo o desejam atingir da mesma forma: na realidade, excluindo-se o juiz, no qual deveria concretamente personificar-se este superior interesse da justiça que é próprio do Estado, todos os outros sujeitos perseguem no processo fins muito

¹⁵⁶ MARQUES apud TOURINHO FILHO, 2005, p. 240.

¹⁵⁷ CALAMANDREI, 2000, p. 127.

limitados e excessivamente mesquinhos e egoístas, por vezes em oposição (mesmo que não confessada) àquele escopo superior.¹⁵⁸

Neste sentido, a prova do juiz se volta à redução dos efeitos nocivos do processo adversarial. Trata-se dos efeitos oriundos da distância econômica entre as partes e de sua combatividade (*wealth e combat effects*).¹⁵⁹

O primeiro decorre do fato de que a limitação da colheita de provas às partes faz com que, inevitavelmente, muito se destaque a parte que tenha mais meios de perquirir a verdade, seja pela contratação de bons advogados, seja pelo bom aparelhamento do Ministério Público.

Além disso, não raramente se pode constatar a insuficiência de meios deste ou daquele acusador ou defensor, não porque falem, como na Inglaterra do século XIX, retratada por David Cairns, em que a falta de promotores trazia à tona a figura do “juiz promotor”, ou a falta de advogados tornava o juiz uma espécie de advogado de defesa.¹⁶⁰ O fato é que, cotidianamente, é possível observar nos tribunais a atuação de advogados mal preparados ou inexperientes, ou sem meios de realizar diligências necessárias à defesa, e o mesmo se pode dizer do Ministério Público, muitas vezes, infelizmente, sem qualquer capacidade de lidar com a carga de serviço, ou então atuando de forma desinteressada, deixando passar esta ou aquela oportunidade de prova, ou mesmo por vezes corrompido, como retrata a infausta realidade. Trata-se de ocorrências inevitáveis, à mercê das quais não poderá ficar sujeito o interesse público, que deve ter no juiz um respaldo essencial, não porque seja infalível, mas por sua própria imparcialidade.

Já quanto ao revés da combatividade, trata-se da já aludida assunção de uma postura parcial dos litigantes, que tenderão sempre a comprovar apenas aquilo que diga respeito ao seu interesse egoístico. “Uma vez que o processo adversarial outorga às partes a colheita e apresentação de provas, cada lado opera no sentido de suprimir ou distorcer as provas que lhe são desfavoráveis, por mais verdadeiras que possam ser.”¹⁶¹

Por isso, fica bem evidente que, limitada e bem compreendida, a atuação instrutória do juiz tem grande valia na melhor solução do feito, atendendo assim ao interesse público que jaz sobre o processo penal.

É de se verificar que esta possibilidade se mostra tanto mais razoável que a limitação da legislação avoenga, em que se dispunha que o juiz deveria julgar “segundo o que achar

¹⁵⁸ CALAMANDREI, 2002, p. 193.

¹⁵⁹ LANGBEIN, 2003, p. 102.

¹⁶⁰ CAIRNS, 1998, p. 115.

¹⁶¹ “Because adversary procedure remits to partians the work of gathering and presenting the evidence, each side operates under an incentive to suppress and distort unfavorable evidence, however truthful it may be.” (LANGBEIN, 2003, p. 103)

alegado e provado de uma parte e da outra, ainda que lhe a consciência dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for provado” (Liv. 3º, Tít. 66, pr.).¹⁶² Fica bem claro o distanciamento deste sistema do interesse público, não sendo o desejável para o processo penal democrático, que confia na atuação e na consciência do magistrado, observados os limites que se lhe impõem.

Na irretorquível lição de Hélio Tornaghi:

A afirmativa de que o juiz não tem interesse no processo é falsa. Se há alguém que tenha interesse no processo é o Estado, de que o juiz é órgão, porque é por meio do processo que ele evita a ação direta, a autodefesa, a vindita, a justiça pelas próprias mãos, as quais trazem consigo a intranquilidade e o desassossego. O juiz, como órgão do Estado, *não tem interesse no litígio*, não é parte no conflito entre autor e réu. Mas *tem interesse em solver o litígio por meio do processo*. A intervenção do juiz não o faz partícipe da relação de Direito substantivo que une autor e réu, mas coloca-o em relação com cada um deles. Pouco importa que não se trate de um laço de coordenação, que o juiz esteja superposto às partes. Haverá um vínculo de subordinação, como, aliás, são todas as relações de Direito Público.¹⁶³

Justamente por isso, não se mostra benéfica a figura do juiz refém, maniatado e de olhos vendados, ao passo em que as partes estão livres para encobrir e distorcer a representação dos fatos a seu bel prazer, sem qualquer comprometimento com o interesse público. Se o juiz ativo, no processo civil, bem encarna o Estado interventor, no processo penal apenas cuida de exercer satisfatoriamente uma de suas atividades precípuas: a boa e zelosa administração da justiça.

¹⁶² ARANHA, 1999, p. 15.

¹⁶³ TORNAGHI, 1986, p. 20

8. Conclusão.

De todo o exposto, conclui-se que a iniciativa probatória do juiz deve ser analisada longe de respostas prontas. Portanto, para que bem se possa entender acerca de seu eventual benefício ou prejuízo, deve-se antes analisar o sistema processual em que está inserta.

Com isso, há de se abandonar velhas fórmulas, imprecisas e, a bem da verdade, inúteis, carregadas mais de valor mais retórico que científico, como é o caso do enquadramento da possibilidade nos modelos acusatório ou inquisitivo, como se, por uma resposta transversa, fosse possível então indicar a adequação de tais poderes ao sistema processual penal idealizado.

Trata-se de distinção acadêmica, enquanto o que importa na realidade é que o processo instrumentalize, de forma eficiente, normas e princípios de raiz constitucional. Para além do clássico maniqueísmo, e também longe da imprecisão do chamado modelo misto, é bastante lúcida a proposta de um terceiro paradigma, oriundo dos estudos de John Jackson sobre os procedimentos adotados na Corte Europeia de Direitos Humanos, que viu por bem batizar de modelo participatório.¹⁶⁴

É sabido e consabido que o processo penal, ante aos históricos e incontáveis abusos do poder de punir por parte do soberano, é ferramenta em favor do acusado e da sociedade, na medida em que evita, por meio de uma burocracia própria, que sejam violados os direitos do cidadão, atendendo-se assim ao interesse público. Referida burocracia, todavia, deve ser erigida sem que se perca de vista uma das principais finalidades do processo penal, consistente na devida averiguação da verdade – por mais contestada que seja.

Digressões filosóficas à parte, é evidente que a mera existência do processo já indica a suposta ocorrência de algo no passado, não algo de dissimulação, mas algo bastante material, cuja averiguação é caso de uma das mais sérias atuações do Estado. Afinal, não fosse a mais fidedigna perquirição da verdade, bastaria resumir o processo a um lançamento de moeda, e o resultado seria tanto mais simples, célere e equânime que a montanha procedimental que hoje se aplica no sentido de responsabilizar criminalmente o autor de um delito.

Busca-se a verdade, evidentemente, com a finalidade de um julgamento justo – qual seja, aquele que condena ou absolve quando devido. Absolver por ausência de provas, apesar de ser muitas vezes a melhor escolha, representante da maior liberdade em face do poder do

¹⁶⁴ JACKSON apud BASTOS, 2010, p. 92.

Estado e, ademais, corporificação do *in dubio pro reo*, significa nada menos que um caso não resolvido. Simboliza a impunidade, que, se não é tão danosa quanto a condenação de inocentes, está longe de ser o objetivo do processo penal.

É na melhor elucidação dos fatos, justamente pela carência que tem o juiz de ter certeza para que possa, então, decidir, que reside a estrita necessidade da prova do juiz. Como demonstrado, as provas das partes certamente seriam bastantes caso estivesse em jogo unicamente a resolução de seus interesses. O interesse público que pende sobre o processo penal, todavia, impede que as partes (que são, por definição, parciais) façam do processo aquilo que bem entendam.

Porque são inexoravelmente parciais, as partes impõem à produção probatória um rigoroso exame de conveniência, atendendo estritamente a interesses egoísticos, seja do acusado, seja do Ministério Público, cuja inevitável ânsia e inclinação pela máxima condenação, em contraste com o desejo libertário do defensor, faz com que venham aos autos provas que, por vezes, pouco retratam a realidade, ou mesmo cumprem o mister de distorcê-la, para que melhor cumpra à sua versão ou tese. Sem contar a clara influência de fatores econômicos que marcam a condução deste ou daquele patrocínio.

A prova do juiz, por outro lado, é desapegada desta necessidade de consagração, servindo ainda no sentido de melhor equalizar a desigualdade das partes.

O grande perigo da atuação do juiz no campo da prova, sempre acusado, é o risco à sua imparcialidade. Neste sentido, demonstrou-se que, desde que bem compreendida, comedida e meramente subsidiária, não há que se temer que faça o juiz perder sua isenção entre os interesses em jogo. É justamente este comedimento e subsidiariedade que diferencia um plano de investigação da simples elucidação de pontos obscuros do feito.

Neste sentido, pouco interessa ao juiz o resultado da prova – que lhe é desconhecido – desde que melhor esclareça os fatos. Como demonstrado, esta própria ignorância em relação aos frutos de sua iniciativa instrutória torna impossível que atue em favor de uma ou de outra parte. O benefício da dúvida ao réu, por outro lado, em nada interfere neste momento, porque o que se objetiva não é a condenação, mas a elucidação dos fatos, possibilitando um julgamento (seja de condenação ou de absolvição) com base em certeza, e não em dúvida.

Por tudo isso, resta claro que a atividade probatória, em si, não carrega nenhum dado de parcialidade. A parcialidade é ínsita àquele que produz a prova. Sendo o juiz imparcial, não há qualquer razão para crer que perca tal qualidade somente porque perquiriu a verdade, como se esta fosse dotada de algum sortilégio oculto.

Intrinsecamente, portanto, não há como se impingir à produção probatória um caráter de parcialidade. Fatores externos, porém, hão de ser igualmente analisados, porque estes sim são aptos a indicar um sistema processual mais ou menos democrático. Muito mais importante que esta mera faculdade complementar do juiz, ora debatida, é o estabelecimento de um órgão acusatório, bem como uma defesa que deverá ser ampla, em pleno e real contraditório. Muito mais garantia de legitimidade tem a decisão quando a defesa dispõe, para cada momento do processo em que possa estar sujeita a abusos, de meios de impugnação, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória. É neste sentido também que são vedadas as provas ilícitas, impondo-se ao julgador, ainda, que fundamente todas as suas decisões. Por tudo isso, resta evidente que a atuação do juiz no campo da prova, perquirindo-a ou meramente analisando-a, não diminui em nada a atuação das partes, que continuam a gozar de pleno poder de prova, de contraditório, recursos para cada abuso que vislumbrem no correr do procedimento etc.

Demonstrou-se, por isso, que, embora a atuação probatória do juiz remonte, para alguns, aos procedimentos próprios da inquisição, distancia-se destes justamente quando o processo em análise se reveste de todas garantias democráticas analisadas, e daí não haver qualquer razão para crer que um processo seja mais ou menos democrático unicamente porque o juiz é mais ou menos ativo. Pouco democrático, evidentemente, seria relegar o interesse público à sorte das partes, que nenhum comprometimento têm com uma decisão justa, senão quando lhes sacie sua ânsia de consagração.

Neste momento, portanto, em que se debate no âmbito legislativo a aprovação de um Novo Código de Processo Penal, deve-se estar muito atento para não permitir que escopos outros, que não a busca pela máxima otimização dos procedimentos, influenciem em sua formação. Otimizar, entenda-se, significa permitir um processo que preza pela integral garantia dos direitos do acusado, sem que por isso se perca o fito de realizar uma satisfatória instrução criminal, requisito mínimo para um julgamento justo.

9. Referências.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5ª ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ARGENTINA. *Código procesal penal*. Versão publicada no Boletim Oficial de 09 set. 1991, nº 27215. Última alteração: Lei 26.549 de 27 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm#14>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

AROCA, Juan Montero. La Garantía Procesal Penal y el Principio Acusatorio. In: *Justicia y Sociedad*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 525-546. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/836/28.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2011.

ALEMANHA. *Strafprozeßordnung*. Versão publicada em 7 de abril de 1987, no BGBl, I, p. 1074, 1319. Última alteração: art. 3º da Lei 30 de julho de 2009, BGBl, I S. 2437. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

BACON, Francis. *Bacon's essays*. Los Angeles: Indo-European, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há função do juiz de garantias. In: *Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. BONATO, Gilson (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BASTOS, Marcos Vinicius Reis. Poderes instrutórios do juiz e o anteprojeto do código de processo penal. In: *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BERTONI, Eduardo; GUARIGLIA, Fabricio. Argentina. In: *Las reformas procesales penales en América Latina*. MAIER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. (Coord.). Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 35-73.

BRASIL. *Código de processo civil*. Lei nº 5.869 (1973). Última alteração: Lei nº 12.398, de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. *Código de processo penal*. Decreto-Lei 3.689 (1941). Última alteração: Lei 11.900 de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Última alteração: Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 10 jun. 2008.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CAIRNS, David J. A. *Advocacy and the making of the adversarial criminal trial 1800-1865*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. O processo como jogo. Trad. Roberto Del Claro. In: *Revista Genesis*, Curitiba, n. 23, p. 191-209, jan./mar. 2002.

CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. In: BRASIL. *Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal*. GOMES, Luiz Flávio (Org.). 10ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2008.

_____. *Como se faz um processo*. Trad. Hebe Caletti Marengo. 4. ed. Sorocaba: Minelli, 2006.

_____. Verdade, dúvida e certeza. Trad. Eduardo Cambi. In: *Revista Genesis*, Curitiba, n. 9, p. 606-609, jul./set. 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3-55.

DERVIEUX, Valérie. O sistema francês. In: *Processos penais da Europa*. DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Trad. Fauzi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 149-242.

DOTTI, René Ariel. O desafio da investigação criminal (XIV). *O Estado do Paraná*, Curitiba, 21 mar. 2004. Direito e Justiça. Disponível em: <http://www.dotti.adv.br/artigosjp_194.htm>. Acesso em: 28 jul. 2011.

_____. O interrogatório a distância: um novo tipo de cerimônia degradante. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 134, p. 269-295, abr./jun. de 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/244>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal rules of evidence*. Public Law 93-595, 88 Stat. 1926, com as revisões de 1º dez. 2010. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/rules/fre/>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. rev. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANÇA. *Code de procédure pénale*. Última alteração: 14 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20081014>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n. 18, p. 15-26, jan./jul. 2005.

_____. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

ITÁLIA. *Codice di procedura penale*. Texto coordenado e atualizado pelo D.P.R. 22 de setembro de 1988, número 447. Última alteração: 23 fev. 2009. Disponível em: <http://www.provincia.milano.it/export/sites/default/polizia_provinciale/documenti/codice_di_procedura_penale.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2011.

JUY-BIRMANN, Rudolphe. O sistema alemão. In: *Processos penais da Europa*. DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Trad. Fauzi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-73.

LANGBEIN, John H. *The origins of adversary criminal trial*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

MAIER, Julio. *Derecho procesal penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996, v. I.

MALATESTA, Nicola. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Saraiva, 1960.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. *Tratado de direito processual penal*. Saraiva: São Paulo, 1980.

MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1969.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. Adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civi%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Aderido pelo Brasil em 25 set. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 20 set. 2011.

PERRODET, Antoinette. O sistema italiano. In: *Processos penais da Europa*. DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Trad. Fauzi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 341-429.

PORTUGAL. *Código de processo penal*. Texto aprovado pelo Decreto-Lei n° 78/87, republicado pela Lei no 48/2007. Diário da República n° 166, série I, p. 5844 a 5954. Disponível em: <<http://www.dre.pt/pdf1sdp/2007/08/16600/0584405954.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. *Persecução penal democrática*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2010.

RIEGO, Cristián. Chile. In: *Las reformas procesales penales en América Latina*. MAIER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. (Coord.). Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 167-195.

SALAS, Denis. O papel do juiz. In: *Processos penais da Europa*. DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Trad. Fauzi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 507-562.

SARAMAGO, José. *A jangada de pedra*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

SARNEY, José. *Projeto de Lei do Senado n° 156, de 2009: Reforma do Código de Processo Penal* (Volume IX). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>. Acesso em: 28 jul. 2011.

SILVA, De Plácido e. Inquisição. In: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico – edição universitária*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. I e II, p. 477-478.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do Código de Processo Penal. In: *Processo penal, Constituição e crítica: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. BONATO, Gilson (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003.

SPENCER, J. R. O sistema inglês. In: *Processos penais da Europa*. DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Trad. Fauzi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 243-339.

TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. In: *Revista de processo*, São Paulo, ano 31, n. 133, p. 239-266, março, 2006.

TOLDA PINTO, António Augusto. *A tramitação processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria et al. *Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VALDIVIESO, Patricio. *Reforma Procesal Penal en Chile y otras iniciativas relacionadas: aporte a discusión sobre fortalecimiento del Poder Judicial en México, transparentar su actuación y adecuarlo a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos*. Disponível em: http://www.archivochile.com/Chile_actual/23_miscela/chact_misceact0005.pdf. Acesso em: 28 jul. 2011.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os atores e seus papéis. In: *Boletim IBCCRIM*, edição especial, p. 19-20, agosto, 2010.